



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
EULER KLEBER NUNES DOS REIS

**ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU SOBRE O USO DA
MARGEM DE PREFERÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS E
OS SEUS REFLEXOS SOBRE A NOVA FINALIDADE LICITATÓRIA DO
DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

BRASÍLIA

2015

EULER KLEBER NUNES DOS REIS

**ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU SOBRE O USO DA
MARGEM DE PREFERÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS E
OS SEUS REFLEXOS SOBRE A NOVA FINALIDADE LICITATÓRIA DO
DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do grau de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Doutor Othon de Azevedo
Lopes

BRASÍLIA

2015

EULER KLEBER NUNES DOS REIS

**ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU SOBRE O USO DA
MARGEM DE PREFERÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS E
OS SEUS REFLEXOS SOBRE A NOVA FINALIDADE LICITATÓRIA DO
DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes (Orientador)

Professor Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Membro da banca

Professor Doutor Antônio de Moura Borges
Membro da banca

Brasília, 24 de junho de 2015

RESUMO

A Lei de Licitações (Lei n 8.666/1993) foi alterada, passando a considerar, além da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como uma de suas finalidades. Para o alcance dessa mais nova finalidade, a lei fez da concessão de margens de preferência a bens manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras e/ou que resultem de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país um instrumento permanente e importante do regime de compras públicas brasileiro. Há dúvidas, entretanto, se no âmbito do exercício de sua atuação judicante, o Tribunal de Contas da União (TCU), fundado na garantia da competitividade e na defesa da isonomia entre os licitantes, restringe a consolidação dessa nova sistemática de realização das compras públicas. A hipótese central do estudo é de que dada a abrangência da jurisdição administrativa praticada pelo TCU, é possível ao Tribunal o exercício de uma ação pedagógica que pode ser vista como indutora e catalisadora de mudanças na promoção do desenvolvimento nacional sustentável. O objetivo desse trabalho é, portanto, verificar, mediante a análise de 3 (três) julgados proferidos pelo Tribunal sobre o tema, se a jurisprudência do TCU favorece, ou não, a promoção dessa nova finalidade licitatória.

Palavras-chave: compras públicas; margem de preferência; poder de compra do Estado; desenvolvimento nacional sustentável; Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

The Public Procurement Act (Act n. 8.666/1993) was amended, in order to consider, in addition to equality and selecting the most advantageous tender, the promotion of sustainable national development as one of its purposes. To achieve this newest purpose, the law made the granting of preference margins to domestically manufactured goods and services that meet the Brazilian technical criteria and/or resulted from development and technological innovation carried out in the country a permanent and important instrument of the Brazilian public procurement system. There are doubts, however, whether in the exercise of its judiciary role, the Brazilian Federal Court of Accounts (TCU), based in the enforcement of the competitiveness and defense of equality among bidders, restricts the consolidation of this new system of public purchases. The central hypothesis of this study is that, given the scope of the administrative jurisdiction practiced by TCU, it is possible for the Court to exercise a pedagogical role as inductor of changes in the promotion of sustainable national development. The objective of this work is therefore verify, through the analysis of three (3) rulings made by the Court on the subject, whether or not the TCU favors the promotion of this new public procurement's purpose.

Keywords: public procurement; margin of preference; purchasing power of the State; sustainable national development; The Federal Court of Accounts of Brazil.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1: Despesas de consumo anual das administrações públicas em relação ao pib – valores correntes.....	32
TABELA 2: Balança comercial brasileira – saldo anual.....	47
TABELA 3: Estatísticas dos certames licitatórios realizados com o uso de margens de preferência.....	52
TABELA 4: Efeitos estimados das compras públicas com a aplicação de margens de preferência (modelo I-P aberto e modelo I-P fechado).....	55
TABELA 5: Efeitos estimados das compras públicas com a aplicação de margens de preferência (emprego).....	55
TABELA 6: Efeitos estimados das compras públicas com a aplicação de margens de preferência (multiplicadores de gasto).....	55
TABELA 7: Participação percentual da indústria em relação ao pib - valores correntes.....	56
TABELA 8: Participação percentual de produtos industrializados nas exportações brasileiras.....	57
TABELA 9: Balança comercial brasileira.....	57
TABELA 10: Arrecadação bruta de receitas federais (regime de competência).....	58
TABELA 11: Carga tributária bruta de receitas federais.....	58
TABELA 12: Pedidos de patentes depositados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).....	59
TABELA 13: Índice da competitividade global de 60 países – posição do Brasil.....	59
TABELA 14: Quantitativo de julgados do TCU por ano de referência que mencionam o tema sustentabilidade.....	64
TABELA 15: Quantitativo de julgados do TCU por ano de referência que mencionam o tema “desenvolvimento nacional sustentável”.....	68

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1: Estrutura do plano Brasil Maior.....	30
QUADRO 2: Relação dos decretos autorizadores das margens de preferência.....	49
QUADRO 3: Compras públicas do Governo Federal realizadas com a aplicação de margens de preferência em 2012.....	53
QUADRO 4: Evolução do emprego no Brasil.....	57

LISTA DE ABREVIATURAS

ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial

APF – Administração Pública Federal

CF – Constituição Federal

CI-CP - Comissão Interministerial de Compras Públicas

CISAP - Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública

C&T – Ciência e Tecnologia

CNUMAD – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

CT&I – Ciência, Tecnologia e Inovação

CTI – Centro de Tecnologia da Informação

DN – Decisão Normativa

EMI – Exposição de Motivos Interministerial

FAO – Food and Agriculture Organization of the United Nations

FGV_Projetos – Fundação Getúlio Vargas_Projetos

FUNAG – Fundação Alexandre de Gusmão

GPA – Government Procurement Agreement

GT – Grupo de Trabalho

GVces – Centro de Estudos em Sustentabilidade

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ICMS – Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

IEDI – Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial

IMD – International Institute for Management Development

IN – Instrução Normativa

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

IUCN - International Union for Conservation of Nature

MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário

MDIC – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior

MF – Ministério da Fazenda

MIT – Massachusetts Institute of Technology

MTE – Ministério do Estado e Emprego

MTCI – Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação

MP – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

MRE – Ministério das Relações Exteriores

NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONG – Organização não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

PIB – Produto Interno Bruto

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PPA – Plano Plurianual

PBM – Plano Brasil Maior

P&D – Pesquisa e Desenvolvimento

PM – Preço com Margem

PE - Menor Preço Ofertado do Produto Manufaturado Estrangeiro

PPB – Processo Produtivo Básico

P.P. – Ponto Percentual

RI – Regimento Interno

SECEX – Secretaria de Comércio Exterior

SPE – Secretaria de Política Econômica

SLTI – Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação

TCU – Tribunal de Contas da União

UCI – Utilização de Capacidade Instalada

UNESCO – The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas

WWF – World Wide Fund for Nature

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. DO CRESCIMENTO ECONÔMICO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL	16
1.1 - A Variável social	16
1.2 - A Variável ambiental	18
1.3 – Estratégia de implementação do desenvolvimento nacional sustentável	20
1.4 - A Intervenção do Estado no domínio econômico: do Estado mínimo ao Estado empreendedor	21
1.4.1 - O Estado mínimo	22
1.4.2 - O Estado provedor	23
1.4.3 - O Estado regulador	24
1.4.4 – O Estado empreendedor	25
1.4.5 – Formas de intervenção do Estado no domínio econômico	25
1.4.5.1 – Instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico	27
1.5 – A Indústria e o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável	28
1.5.1 – Plano Brasil Maior	29
1.5.1.1 – O Poder de compra do Estado	31
1.5.1.1.2 - A Mudança de paradigma	34
1.5.1.1.3 - O poder de compra do Estado e o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável	35
1.5.2 – Compras sustentáveis no Brasil	36
2. O USO DA MARGEM DE PREFERÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS	38
2.1 - O Uso da margem de preferência no mundo	38
2.2 – Base constitucional	40
2.3 – Base legal	41
2.4 – Revisão bibliográfica	44
2.5 – Objetivos e justificativas de implementação da política de concessão de preferências ...	45
2.6 – Atributos de definição das margens de preferência	47
2.7 – Margens de preferência autorizadas	49
2.8 – Aplicação da política	50
2.9 – O Uso da margem de preferência em certames licitatórios	52
2.10 – Resultados esperados com o uso da margem de preferência	54
2.11 – Resultados econômicos alcançados com o uso da margem de preferência	56
3. A JURISPRUDÊNCIA DO TCU SOBRE MARGEM DE PREFERÊNCIA E OS SEUS REFLEXOS SOBRE O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL	61
3.1 – Atribuições do TCU	62

3.2 - O TCU e o tema Sustentabilidade	63
3.3 – Análise dos Acórdãos do TCU sobre Margem de Preferência	67
3.3.1 - Acórdão 693/2011-TCU-Plenário, de 23/3/2011:	68
3.3.2 - Acórdão 2241/2011-TCU-Plenário, de 24/8/2011:	71
3.3.3 - Acórdão 1317/2013-TCU-Plenário, de 29/5/2013	79
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	94

INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República, as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública devem ser contratados mediante processo de licitação pública, salvo se a legislação dispuser o contrário.

Segundo o Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União licitação nada mais é do que o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços (TCU, 2010).

Com o procedimento o Poder Público objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e a possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.

A Constituição Federal (CF), além de dispor sobre a obrigatoriedade de realização do procedimento licitatório para a aquisição de bens, serviços e obras públicas, oferece os principais balizamentos para as normas infraconstitucionais que o devem regular.

No nível infraconstitucional emergem como os principais instrumentos legislativos sobre contratação pública no Brasil a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), e a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão), ambos os normativos com abrangência sobre todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em sua redação original, o art. 3º da Lei n. 8.666/1993 dispunha que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.349/2010, o caput do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 foi alterado, passando a considerar também a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação, ao lado da observância da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Desse modo, o gestor público, em decorrência das modificações introduzidas, deverá buscar por meio da licitação, além da obtenção da oferta mais vantajosa e da garantia de isonomia entre os licitantes, fomentar o desenvolvimento nacional sustentável.

Descumprirá essa cláusula geral e padecerá de vício de ilegalidade o contrato inepto para promover o desenvolvimento sustentável, ou pior, que, além de não o promover, o comprometa, a demandar a invalidação da avença e a responsabilização de quem lhe haja dado causa (DOTTI, 2012).

Para o alcance dessa última finalidade a Lei fez da concessão de preferências um instrumento permanente e importante do regime de compras públicas brasileiro, destacando-se entre as possibilidades existentes a concessão, nos processos licitatórios conduzidos pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal (APF), de margens preferenciais de até 25% para bens manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras e/ou que resultem de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país.

Assim, a promoção do desenvolvimento, que dantes se sustentava como um poder-dever administrativo extraível do sistema jurídico, a partir da leitura conjugada da Constituição da República e de leis esparsas, passa a figurar como uma obrigação genérica e ordinária, da qual o gestor somente poderá se desonerar por justa causa, devidamente motivada e comprovada (FERREIRA, 2013).

Em relação ao tema, o Tribunal de Contas da União, órgão de estatura constitucional responsável por auxiliar¹ o Congresso Nacional no exercício de sua competência finalística de controle externo das despesas públicas, possui importante contribuição a apresentar.

¹ De acordo com Carlos Ayres Britto (2005) o caráter auxiliar a que faz referência o texto do art. 71 da Carta da República de 1988 não quer dizer, entretanto, que haja inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional do TCU em relação ao Parlamento Nacional, já que dele não participa; mas sim, que é inconcebível o exercício da função estatal de controle externo pelo Congresso Nacional sem a co-participação inafastável do Tribunal de Contas da União.

A jurisdição administrativa² praticada pela Corte de Contas possibilita o exercício, pelo Tribunal, de uma ação pedagógica que pode ser vista como indutora e catalisadora de mudanças na consolidação da cultura da sustentabilidade nas aquisições públicas, notadamente a partir das orientações jurisprudenciais advindas de seus julgados.

Há dúvidas, entretanto, se a atuação de controle externo do Tribunal, fundada na garantia da competitividade e na defesa da isonomia entre os licitantes, tem restringido a consolidação dessa nova sistemática de realização das compras públicas.

Haja vista as múltiplas implicações sobre as aquisições públicas advindas do novo marco legal trazido ao ordenamento jurídico pela Lei n. 12.349/2010, o objetivo deste trabalho é analisar se os acórdãos proferidos pelo TCU, em relação ao exercício da margem de preferência em licitações públicas, favorecem, ou não, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Para tanto, no primeiro capítulo, faremos uma retrospectiva histórica do tema desenvolvimento, desde o período em que o termo era considerado indistintamente como sinônimo de crescimento econômico até a recente positividade da expressão desenvolvimento nacional sustentável. Nesse capítulo, abordaremos também a importância da indústria e da inovação para a promoção do desenvolvimento e o uso do poder de compra do Estado como ferramenta de promoção do desenvolvimento nacional.

No segundo capítulo, apresentaremos o tema margens de preferência, o seu embasamento teórico, o seu embasamento legal, o seu uso no Brasil e no mundo como instrumento de fomento ao desenvolvimento, e, por fim, os resultados alcançados no País com a sua utilização.

No terceiro capítulo, abordaremos a jurisprudência do TCU em relação ao tema margem de preferência e ao desenvolvimento nacional sustentável, por meio do estudo dos julgados do Tribunal exarados a partir de 1º/1/2011, a fim de identificar como tem se

² Para Carlos Ayres Brito (2005) as Cortes de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei. Sob esse pano de fundo, os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos.

posicionado a Corte de Contas em relação ao assunto.

No quarto e último capítulo, concluiremos o estudo, manifestando opinião sobre se o posicionamento adotado pelo TCU tem contribuído, ou não, para a adoção de ações que afirmem o princípio do desenvolvimento nacional sustentável no País.

1. DO CRESCIMENTO ECONÔMICO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

O tema desenvolvimento é um dos assuntos mais estudados pelos economistas ao longo da História, remetendo-se as origens de sua discussão a 1776, ano de edição da obra “Uma Investigação sobre a Natureza e a Causa da Riqueza das Nações”, do economista escocês Adam Smith.

Para Smith (1776) apud Pereira (1996), a riqueza ou o bem-estar das nações identifica-se com seu produto anual per capita, sendo o crescimento uma das principais condições para o alcance do desenvolvimento, ou melhor dizendo, o próprio desenvolvimento.

A premissa por trás da ideia é a de que sendo o crescimento econômico a ampliação quantitativa da produção de bens que visam atender às necessidades humanas, quanto maior a produção (ou crescimento) de bens, maior a possibilidade de as pessoas satisfazerem suas necessidades e, por conseguinte, maior o desenvolvimento da nação.

Assim, durante cerca de quase dois séculos crescimento econômico e desenvolvimento econômico foram considerados termos sinônimos (BOURSCHEIDT, 2015). E o PIB per capita, que nada mais é do que a produção dividida pelo número de habitantes, a ser considerado a exata medida do bem-estar econômico e do grau de desenvolvimento dos países.

1.1 - A Variável social

Ocorre, entretanto, que com a eclosão de diversas turbulências sociais na Europa, decorrentes das precárias condições de vida dos trabalhadores das indústrias, políticos e intelectuais da época sentiram a necessidade de incorporar ao conceito de desenvolvimento outras dimensões, além da dimensão exclusivamente monetária (BURSZTYN, 2013).

Tomando em conta essa realidade, Joseph Alois Schumpeter (1997), com seu tratado sobre a “Teoria do Desenvolvimento Econômico”, de 1911, propõe pela primeira vez uma diferenciação dos termos crescimento econômico e desenvolvimento econômico.

Entenderemos por “desenvolvimento”, portanto, apenas as mudanças da vida econômica que não lhe forem impostas de fora, mas que surjam de dentro, por sua própria iniciativa. Se se concluir que não há tais mudanças emergindo na própria esfera econômica, e que o fenômeno que chamamos de desenvolvimento econômico é na prática baseado no fato de que os dados mudam e que a economia se adapta continuamente a eles, então diríamos que não há *nenhum* desenvolvimento econômico. Pretenderíamos com isso dizer que **o desenvolvimento econômico não é um fenômeno a ser explicado economicamente**, mas que a economia, em si mesma sem desenvolvimento, é arrastada pelas mudanças do mundo à sua volta, e que **as causas e, portanto a explicação do desenvolvimento, devem ser procuradas fora do grupo de fatos que são descritos pela teoria econômica.**

Nem será designado aqui como um processo de desenvolvimento o mero crescimento da economia, demonstrado pelo crescimento da população e da riqueza. Por isso não suscita nenhum fenômeno qualitativamente novo, mas apenas processos de adaptação da mesma espécie que as mudanças nos dados naturais. Como desejamos dirigir nossa atenção para outros fenômenos, consideraremos tais incrementos como mudanças dos dados. (grifos nossos)

A guisa do exposto, Bresser (2008) informa que, de fato, se definirmos crescimento econômico como simples aumento da renda per capita, os dois termos realmente não se confundem porque há casos em que a produção média por habitante aumenta, mas mesmo no longo prazo não há aumento generalizado dos salários e dos padrões de consumo da sociedade.

Em razão disso, na década de 1950, o estudo do desenvolvimento ganhou espaço na academia e a diferenciação entre o que é crescimento e o que é desenvolvimento se tornou mais evidente, passando o desenvolvimento a ser considerado sob outras perspectivas que não somente sob uma perspectiva de crescimento da renda per capita (QUEIROZ, 2011).

A essa nova forma de pensar o desenvolvimento deu-se o nome de estruturalismo, sendo fundamentais, na América Latina, para essa mudança de paradigma, a propagação do arcabouço teórico keynesiano, pregando um papel mais ativo do Estado na promoção do bem estar social, e a criação da CEPAL, agência da Organização das Nações Unidas (ONU) criada em 1948 com a missão de fomentar o desenvolvimento econômico na região.

A visão consensual dos teóricos dessa escola econômica era a de que o desenvolvimento econômico é entendido como uma mudança estrutural em que conhecimentos específicos e a geração e absorção de progresso técnico são indispensáveis para tal. Além disso, seria através da intervenção do Estado como força motriz de

desenvolvimento que se alcançariam avanços econômicos e sociais indispensáveis à melhoria da qualidade de vida da população (QUEIROZ, 2011).

O desenvolvimento econômico é, portanto, um conceito mais amplo, que inclusive engloba o de crescimento econômico. A esse propósito, Gremaud, Vasconcellos e Toneto Jr. (GREMAUD, 2014) esclarecem que quando se diz que um país é desenvolvido, o que se quer ressaltar é que as condições de vida da população desse país são boas, ou seja, a ideia de desenvolvimento econômico está associada às condições de vida da população ou à qualidade de vida dos residentes no país. Nessa mesma linha, Justen Filho (2012).

1.2 - A Variável ambiental

Para além da mera busca do crescimento econômico e da consideração da dimensão social, a incorporação do ambiente como variável a ser considerada na definição do que seja desenvolvimento, redefiniu os fundamentos da análise a ser efetuada.

Ao pé da letra, qualquer atividade produtiva – seja ela extrativa ou de transformação – implica algum tipo de impacto negativo sobre o meio ambiente e, via de consequência, à qualidade de vida, elemento crítico do conceito de desenvolvimento atualmente praticado.

Levando em conta essa realidade, a ONU ordenou, por meio da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a constituição de um grupo, denominado Comissão Brundtland, para a elaboração de um relatório com vistas a conceituar um novo modelo de desenvolvimento, que conciliasse tanto o crescimento econômico quanto a justiça social e a preservação do meio ambiente, impondo novos padrões de produção e consumo.

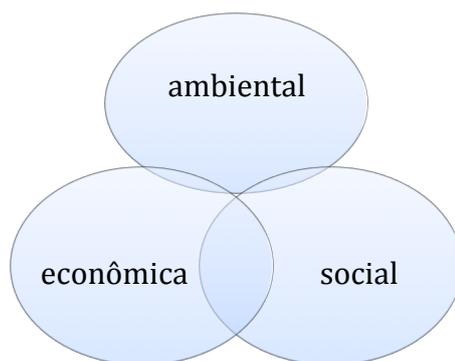
Esse relatório, intitulado *Our Common Future* (1987), estabeleceu que essa nova relação homem – meio ambiente se denominaria desenvolvimento sustentável, assim definido como:

[...] o desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um

nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais. (ONU, 1987)

Verificou-se, então, que a simples harmonia entre a esfera econômica e a esfera social não seria capaz de assegurar o caráter sustentável do desenvolvimento, sendo indispensável agregar ao conceito a dimensão ambiental.

Fig. 1: O modelo tripé da sustentabilidade



Dos estudos conduzidos pela Comissão Brundtland restou evidente que condicionar a economia às características ambientais pode garantir a viabilidade. Compatibilizar as esferas econômica e social pode assegurar melhoria no bem-estar e equidade. Garantir um bom entrosamento entre o social e o ecológico pode gerar um ambiente tolerável. No entanto, somente quando as três esferas se entrelaçam de modo coerente são dadas as condições para que a situação se mantenha no longo prazo, se configurando, assim, o espaço da sustentabilidade (BURSZTYN, 2013).

O desenvolvimento nacional sustentável, portanto, significa a elevação da riqueza nacional mediante a adoção de práticas compatíveis com a preservação do meio ambiente, de modo a garantir a viabilidade da vida humana digna no futuro.

Está explícito no conceito que não basta reduzir a pressão sobre os recursos naturais; deve-se, além disso, garantir a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos e a prosperidade dos setores produtivos, para que as nações sejam desenvolvidas com equilíbrio, hoje e no futuro. Para tal, é necessário um esforço concertado, no qual os governos desempenham um papel fundamental, como indutores de mudanças para o estabelecimento de um novo modelo de desenvolvimento, compatível com os limites do Planeta (BETIOL, 2008).

Embora, originalmente, na definição do que seja desenvolvimento sustentável, tenha se feito referência somente às variáveis econômica, ambiental e social; atualmente, há estudiosos que situam em mesmo grau de importância as variáveis cultural, política, territorial e institucional (TEIXEIRA, 2013).

1.3 – Estratégia de implementação do desenvolvimento nacional sustentável

Com a consolidação em nível mundial do significado da expressão desenvolvimento sustentável, foi lançado durante a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro, em 1992, um documento – denominado Agenda 21 – contendo um plano de ações, proposto por diversos países e organizações, com o objetivo de alcançar o crescimento econômico sem desconsiderar as demais dimensões (social e ambiental) integrantes do conceito de sustentabilidade.

Nesse plano a comunidade de nações procurou identificar os problemas prioritários, os recursos e os meios para enfrentá-los e as metas para as próximas décadas. Além disso, admitiu-se, de forma explícita, a responsabilidade dos governos em impulsionar programas e projetos econômicos que levassem em consideração a justiça social e a preservação do meio ambiente.

De acordo com o relatório (AGENDA 21, 1992), para que essas alterações ocorressem as ações deveriam se focar, fundamentalmente, sobre duas áreas: exame dos padrões insustentáveis de produção e consumo e desenvolvimento de políticas e estratégias nacionais para estimular mudanças nos padrões insustentáveis de consumo

Na área de desenvolvimento de políticas e estratégias nacionais para estimular mudanças nos padrões insustentáveis de consumo, importante ação destacada pode ser o exercício da liderança por meio de aquisições pelos Governos:

4.23. Os próprios Governos também desempenham um papel no consumo, especialmente nos países onde o setor público ocupa uma posição preponderante na economia, podendo exercer considerável influência tanto sobre as decisões empresariais como sobre as opiniões do público. Conseqüentemente, esses Governos devem examinar as políticas de aquisição de suas agências e departamentos de modo a aperfeiçoar, sempre que possível, o aspecto ecológico de suas políticas de

aquisição, sem prejuízo dos princípios do comércio internacional. (AGENDA 21, 1992)

A ação do Estado, portanto, há de se realizar tanto sobre o lado da oferta, pelo fomento à produção de produtos sustentáveis, quanto sobre o lado do consumo, pela realização de campanhas de incentivo voltadas ao consumo sustentável pelas famílias e pelos governos.

Dado o conceito de desenvolvimento atualmente em voga, é inegável que o processo de desenvolvimento não é fomentado apenas pelas leis que regem o mercado, na linha do entendimento da teoria clássica. Baseado em experiências históricas concretas, tanto dos países desenvolvidos, quanto dos países em desenvolvimento mais bem sucedidos, pode-se constatar uma ação ativa dos Estados Nacionais na promoção dos interesses do crescimento dos seus capitais privados (PEREIRA, 1999; FUNAG, 2008).

Assim, embora os economistas clássicos defendam a tese de que os agentes econômicos devam atuar livremente, resta evidente, na prática, mesmo em nações declaradamente liberais, que os Governos participam ativamente da definição dos rumos da economia, mediante a implementação de políticas de proteção à indústria infante, políticas de fomento ao desenvolvimento tecnológico endógeno, políticas de distribuição de renda e conhecimento, políticas comerciais estratégicas, políticas fiscais, políticas creditícias e etc.

Ou seja, em que pesem as inúmeras transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo, com ele permanece (e no caso brasileiro, por expressa previsão constitucional – art. 3º, II c/c art. 174, §1º) o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional (OLIVEIRA, 2009).

1.4 - A Intervenção do Estado no domínio econômico: do Estado mínimo ao Estado empreendedor

De acordo com a teoria econômica convencional a intervenção do Estado se justifica quando o retorno social do investimento é maior do que o retorno privado – o que reduz a probabilidade de investimento de uma empresa do setor privado. Segundo Mazzucato (2014), entretanto, essa forma de proceder explica menos de um quarto dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento realizados nos Estados Unidos.

Consoante a autora (MAZZUCATO, 2014), grandes projetos visionários - como colocar o homem na lua ou criar a ideia por trás da internet - exigiram muito mais do que o cálculo do retorno social ou privado. Para ela, esses desafios exigiram visão, a ideia de missão e acima de tudo confiança em relação ao papel do Estado na economia.

Tendo em vista essas considerações, vamos realizar uma retrospectiva das formas de atuação estatal que marcaram a história da humanidade nos últimos 250 anos.

1.4.1 - O Estado mínimo

Na fase liberal do capitalismo predominava a tese de que o maior número possível de decisões econômicas deveria ser tomado por indivíduos e não por instituições coletivas.

Para Adam Smith (1776), economista escocês que desenvolveu o liberalismo na economia, o capitalismo contém mecanismos racionais e eficientes de autorregulação das condições econômicas de uma sociedade – a chamada “mão invisível”-, não sendo necessária a intervenção do Estado no domínio econômico a não ser para criar a infraestrutura básica e garantir a segurança à propriedade privada e a confiança.

De acordo com muitos estudiosos, porém, essas suposições de que tudo o que o Estado tem de fazer é dar um empurrãozinho no setor privado na direção correta não passa de um mito. Karl Polanyi (1944) afirma que a noção de autorregulação do mercado é um mito sem sustentação nas origens históricas dos mercados, pois foi o Estado que impôs as condições que permitiram o surgimento de uma economia baseada no mercado.

Apesar disso, a doutrina liberal sobre a ação do Estado na economia prevaleceu por quase dois séculos, somente vindo a ser objeto de maiores questionamentos quando o seu instrumental se revelou insuficiente para resolver as ³ falhas de mercado e, via de consequência, as crises econômicas por elas provocadas.

³ Falhas de mercado são fenômenos que impedem que a economia alcance um estado de bem estar social através do livre mercado, sem interferência do governo. São exemplos de falhas de mercado as externalidades (negativas e positivas) e os bens públicos. Segundo os estudiosos, essas falhas podem surgir por vários motivos, desde a falta de vontade das empresas privadas de investir em determinadas áreas, como pesquisa básica, nas quais não podem auferir lucros porque os resultados são um bem público acessível a todas as empresas, até o fato de o risco de certos investimentos ser alto demais para que uma única empresa possa arcar com ele (MAZZUCATO,

1.4.2 - O Estado provedor

Haja vista a incapacidade do Estado mínimo em solucionar as crescentes conturbações no cenário econômico, foi proposto pelos acadêmicos um novo modelo de atuação estatal, que defendia, justamente, o ponto que os adeptos do modelo anterior repudiavam - a intervenção do Governo como forma de devolver o equilíbrio ao mercado produtivo.

John Maynard Keynes, com a sua “A teoria geral do emprego, dos juros e da moeda”, de 1936, foi o primeiro a decifrar o código da economia da crise, explicando como as depressões e as recessões podem acontecer (PEREIRA, 1999). Keynes sustentava que a estabilidade do capitalismo dependia do equilíbrio das quatro categorias de despesas (demanda agregada) do PIB: investimento empresarial (I), investimento governamental (G), despesas de consumo (C) e exportações líquidas (X-M).

Segundo ele, no instante em que as empresas tendem a investir menos, inicia-se todo um processo de retração econômica que abre portas para o estabelecimento de uma crise. Nesse momento, a menos que a diminuição do investimento privado seja equilibrado por um aumento nos gastos do governo, a queda do consumo e do investimento levará a rupturas no mercado e depressões. Fomentando a demanda agregada por meio da elevação dos gastos governamentais os níveis de emprego aumentam e conseqüentemente garantem que o mercado consumidor dê sustentação real a toda essa aplicação de recursos.

Com o novo papel do Estado proposto pelo arcabouço teórico keynesiano, as funções do governo expandiram-se consideravelmente. Como resultado disso, o Estado absorveu grande parte das responsabilidades pela provisão de bens e serviços na economia, agigantando-se em tamanho e funções quando comparado ao Estado mínimo defendido pela ideologia liberal (REZENDE, 2001), e recebendo a alcunha de Estado provedor.

2014). Todavia, elas nada mais são do que evidências de que os mercados, em regra, não são perfeitos, razão pela qual necessitam, por vezes, de alguma intervenção estatal.

1.4.3 - O Estado regulador

Dadas as dificuldades de financiamento da máquina pública em face das demandas sempre crescentes do corpo social a ação estatal característica do Estado provedor veio a esgotar-se rapidamente.

Na execução do receituário keynesiano, houve da parte de muitos países o cometimento de um equívoco, que se materializava no pensamento de que um Estado forte significava ser um Estado grande, quando o necessário, para dar conta com exatidão da multiplicidade de problemas que precisavam ser solucionados, era de que ele fosse leve, ágil, visível, capaz de adotar medidas consistentes e coerentes com os fins almejados (REZENDE, 2001).

Em razão do esgotamento verificado, predominaram, no âmbito da academia e das instituições multilaterais de financiamento ao desenvolvimento, as teses que propunham um retorno à doutrina do Estado mínimo, corrente conhecida como neoliberalismo. Segundo a orientação dessa doutrina, os países deveriam, como forma de acelerar o seu desenvolvimento econômico, seguir à risca o decálogo de medidas previsto no denominado Consenso de Washington⁴: disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, juros de mercado, taxas de câmbio competitivas, liberalização do comércio, eliminação de restrições ao investimento direto estrangeiro, privatização de empresas estatais, desregulamentação e segurança jurídica para os direitos de propriedade.

Haja vista as crises causadas pelo absenteísmo do Estado na regulação dos mercados, os defensores do Estado mínimo perderam espaço novamente, desta feita para os defensores de uma atuação mais vigorosa do poder público por meio da regulação (REZENDE, 2001).

Para a professora Maria Sylvia Zanello Di Pietro (2004) a ação reguladora do Estado há de se realizar por meio de um conjunto de regras de conduta e de controle da

⁴ Consenso de Washington é um termo cunhado em 1989 por John Willianson, economista do Instituto Econômico Internacional, que resume um conjunto de dez medidas propostas pelos organismos econômicos internacionais sediados em Washington, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e o Departamento de Tesouro Americano, para a geração de desenvolvimento e superação da crise econômica nos países da América Latina na década de 1980.

atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.

Atento a essa nova realidade, o constituinte originário já havia dotado o País dos instrumentos necessários à realização de suas novas atribuições. Nesse aspecto, foi estabelecido que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente seria permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (CF, 1988, art. 173, *caput*), e que ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, competiria o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o poder público e indicativo para o setor privado (CF, 1988, art. 174, *caput*).

1.4.4 – O Estado empreendedor

Essa corrente de pensamento requer a compreensão de que o Estado não é nem um intruso nem um mero facilitador do crescimento econômico. É um parceiro fundamental do setor privado – e em geral mais ousado, disposto a assumir riscos que as empresas não assumem.

Desse modo, o motivo para chamar um Estado de empreendedor tem a ver com o fato de que envolve a disposição e a capacidade dos agentes econômicos governamentais de assumir o risco. Um Estado empreendedor não apenas reduz os riscos do setor privado, como antevê o espaço de risco e opera corajosa e eficientemente dentro desse espaço para fazer as coisas acontecerem (MAZZUCATO, 2014).

Para Mazzucato (2014), se apropriando de Keynes, o importante para o governo não é fazer coisas que os indivíduos já estão fazendo, e fazê-las um pouco melhor ou um pouco pior; mas fazer aquelas coisas que no momento não são feitas de forma alguma.

1.4.5 – Formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

Para Eros Grau (1998) as formas de intervenção do Estado no domínio econômico são de três tipos: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução.

No primeiro caso o Estado intervirá no domínio econômico, como agente econômico, seja atuando no regime de monopólio – caso de absorção – ou no regime de competição – caso da participação. Nos outros dois casos o Estado intervirá sobre o domínio econômico, ou seja, agirá regulando as atividades desenvolvidas no mercado. No caso da intervenção por direção o Estado imporá normas de comportamento obrigatórias, enquanto na intervenção por indução o Estado estimulará o mercado a agir conforme seus interesses.

Realizando-se uma correspondência entre a classificação proposta por Grau e a classificação disposta no texto constitucional, a intervenção por absorção e a intervenção por participação podem ser consideradas formas de intervenção direta, de modo que se justifica o uso da expressão no domínio econômico. Já as outras formas de intervenção, denominadas por Grau como intervenção por direção e intervenção por indução, podem ser associadas como formas típicas de intervenção indireta do Estado, caracterizando-se por uma ação sobre o domínio econômico.

Evidencia-se, portanto, que a ordem jurídica brasileira acolhe, nos termos da Constituição, tanto a possibilidade de intervenção direta como indireta do Estado no domínio econômico, sendo a atuação direta uma exceção somente aceitável se necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173 da CF/1988.

Quanto ao assunto, esclarece Tavares (2011):

“A intervenção estatal indireta refere-se à cobrança de tributos, à concessão de subsídios, subvenções, benefícios fiscais e creditícios e, de maneira geral, à regulamentação normativa de atividades econômicas, a serem naturalmente desenvolvidas pelos particulares.

Na intervenção direta o Estado participa ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtor de bens ou serviços, ao lado dos particulares ou como se particular fosse. Trata-se nesta última hipótese, do Estado enquanto agente econômico.”

De acordo com o autor, no caso da intervenção por direção, as normas regulamentares possuem caráter imperativo, cogente. Já na intervenção por indução, as normas não são dotadas da mesma carga de imperatividade, caracterizando-se mais pela carga

de estímulo a comportamentos ou decisões desejados mediante sanções premiais ou incentivos.

1.4.5.1 – Instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico.

Na teoria econômica, o conceito de mercado ocupa um lugar de destaque enquanto fator de regulação das atividades e das decisões. O debate sobre a eficácia desta concepção é amplo e polêmico, e concentra-se essencialmente sobre o fato de que há falhas de mercado que levam à perda de eficiência do sistema econômico, visto em suas dimensões macro e micro. Como já apreciado, o contraponto conceitual é o Estado, que se apresenta como instância de regulação, tanto pela sua ação direta como ator produtivo na economia, quanto pelo seu papel indireto, via regulamentações (BURSZTYN, 2012).

Para a implementação das políticas públicas, o poder público dispõe de vários tipos de instrumentos. A escolha de cada um deve se dar num contexto em que os meios de intervenção do Estado sejam combinados da maneira mais eficaz possível. Embora utilizando nomenclaturas diversas, todas os sistemas classificatórios mantêm um eixo comum de atuação, que são os instrumentos regulamentares, os instrumentos econômicos e os acordos voluntários:

- os instrumentos regulamentares ou coercitivos, também denominados de comando e controle, visam a obrigar a sociedade ou o setor produtivo a ter um comportamento favorável à política pública. Tomam a forma de proibições, autorizações, normas e regulamentação das ações e atividades que dão origem aos problemas que se quer combater;
- os instrumentos econômicos (ou incitativos) têm como objetivo fomentar na sociedade, em geral, e no setor produtivo, em particular, um comportamento adequado. Podem se apresentar, principalmente, na forma de taxas, usufruto de direitos e subvenções. Esses instrumentos oneram as atividades que se quer combater em relação aos que se quer ver implementados; e
- os acordos voluntários, que são contratos negociados ou compromissos voluntários voltados ao alcance de determinada finalidade.

Na estratégia de favorecimento ao desenvolvimento nacional sustentável tratada na exposição de motivos à MP n. 495/2010 (EMI n. 104/MP/MF/ME/MCT), posteriormente convertida na Lei n. 12.349/2010, a opção esposada pelo Governo brasileiro tem sido, tipicamente, a de utilização dos instrumentos regulamentares e dos instrumentos econômicos, característicos da intervenção por indução e da intervenção por direção na classificação proposta por Eros Grau.

6. A modificação do **caput** do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, **a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno**, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país.

[...]

9. Considera-se, nesse sentido, que a orientação da demanda do setor público preferencialmente a produtos e serviços domésticos reúne condições para que a **atuação normativa e reguladora do Estado** efetive-se com maior eficiência e qualidade do gasto público e, concomitantemente, possa engendrar poderoso efeito multiplicador na economia mediante: (i) aumento da demanda agregada; (ii) estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda; (iii) incentivo à competição entre empresas domésticas, particularmente no que tange a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (iv) mitigação de disparidades regionais; e (v) incentivo à geração de emprego em segmentos marginais da força de trabalho. (grifos nossos)

Os objetivos traçados na política coadunam-se ao ideário estruturalista de que para quebrar com o padrão de subdesenvolvimento que caracteriza os países da periferia do sistema capitalista é necessário inverter o seu padrão de desenvolvimento com um vigoroso e contínuo esforço de industrialização aliado à geração e absorção de progresso técnico (QUEIROZ, 2011).

A industrialização seria assim a forma de obter o desenvolvimento econômico. Segundo Gremaud (2011), para que o desenvolvimento ganhe dinâmica própria deve-se constituir um setor industrial com capacidade de produção de bens de capital (bens de produção), ou o desenvolvimento de um setor que permita a aquisição destes por meio da geração de divisas (estímulo às exportações ou substituição de importações).

1.5 – A Indústria e o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável

De acordo com o documento ⁵Agenda 21, o comércio e a indústria desempenham um papel crucial no desenvolvimento sustentável de um país pois a prosperidade constante, objetivo fundamental do processo de desenvolvimento, é principalmente o resultado das atividades do comércio e da indústria.

Para tanto, é importante o aperfeiçoamento dos sistemas de produção por meio de tecnologia e processos que utilizem os recursos de maneira mais eficiente e, ao mesmo tempo, produzam menos resíduos – conseguindo mais com menos. Da mesma forma, é necessário encorajar e estimular a inventividade, a competitividade e as iniciativas voluntárias para estimular opções mais variadas, eficientes e efetivas (AGENDA 21, 1992).

Neste trabalho, a despeito da relevância do comércio para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, as ações propostas serão analisadas sobre a ótica da indústria, pois, conforme o professor Fernando Cardim informou em entrevista concedida ao site IHU On-line (2012), é quase impossível imaginar o desenvolvimento no Brasil sem uma indústria forte, ampla e diversificada.

Na visão do acadêmico, países pequenos têm apenas a opção da especialização, porque não têm escala para sustentar um setor industrial competitivo. Não é o nosso caso, não são os serviços que nos permitirão desenvolver, criar uma força de trabalho preparada, produtiva e flexível, e uma estrutura econômica minimamente autônoma e sólida, mas a indústria.

1.5.1 – Plano Brasil Maior

Atualmente, o Plano Brasil Maior (PBM), instituído pelo Governo Federal em 2010, estabelece a política industrial, tecnológica, de serviços e de comércio exterior para o país. Segundo o MDIC, o PBM está organizado em duas dimensões: dimensão estruturante, voltada para a realização de ações setoriais, definidas a partir de características, desafios e oportunidades dos principais setores produtivos, e dimensão sistêmica, voltada para o aumento da eficiência produtiva da economia como um todo:

⁵ Agenda 21 Global é um programa de ação baseado num documento de 40 capítulos, elaborado no âmbito dos debates realizados na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD) realizado na cidade do Rio de Janeiro, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado “desenvolvimento sustentável”.

QUADRO 1: Estrutura do plano Brasil Maior

Dimensão Estruturante: diretrizes setoriais	Dimensão Sistêmica: temas transversais
1. fortalecimento de cadeias produtivas	1. comércio exterior
2. novas competências tecnológicas e de negócios	2. investimento
3. cadeias de suprimento em energia	3. inovação
4. diversificação das exportações e internacionalização	4. formação e qualificação profissional
5. competências na economia do conhecimento natural	5. produção sustentável
	6. competitividade de pequenos negócios
	7. ações especiais em desenvolvimento regional
	8. bem-estar do consumidor

Fonte: MDIC, Cartilha Brasil Maior: Inovar para competir, Competir para crescer, Plano 2011-2014

Focando no estímulo à formação e capacitação de recursos humanos para a pesquisa e a inovação, o suporte à pesquisa e à infraestrutura científica e tecnológica e o fomento à inovação tecnológica no setor produtivo para alavancar a competitividade da indústria nos mercados interno e externo, o plano busca estruturar o país dos requisitos necessários para dar passos mais ousados em direção ao desenvolvimento econômico e social.

Para Rezende e Tafner (2005), uma estratégia consistente de desenvolvimento sustentado há de contemplar, inevitavelmente, a dinamização do parque produtivo nacional rumo à inovação. Ocorre, entretanto, que, no Brasil, historicamente, as políticas públicas voltadas a esse propósito têm sido feitas com ferramentas de pouca especificidade, o que, por vezes, tem caracterizado o país como local de distorções persistentes, sendo a reserva de mercado instituída pela antiga Lei de Informática (Lei n. 7232/1984) um exemplo do tipo de política que se revelou equivocada pelos efeitos deletérios dela advindos (preços elevados, baixa qualidade e obsolescência dos equipamentos protegidos).

Em face desses problemas, novas ferramentas de alcance mais específico vêm sendo desenvolvidas em tempos recentes, permitindo tanto intervenções localizadas e relativamente reversíveis, quanto um planejamento mais pontual e efetivo.

O uso do poder de compra do Estado e o estabelecimento de margens preferenciais a produtos manufaturados e serviços produzidos ou prestados no país, por exemplo, se destacam nesta parte porque permitem simultaneamente o fortalecimento às cadeias produtivas de bens e serviços domésticos e a adequação dos padrões de equilíbrio

concorrencial entre fornecedores nacionais e estrangeiros, com consequências também sobre a dimensão sistêmica do comércio exterior.

Além disso, o uso do poder de compra do Estado como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, pode induzir um correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, geração de emprego e renda e, por conseguinte, no desenvolvimento do país, com reflexos possíveis sobre a quase totalidade das dimensões integrantes do plano, a saber: investimento, inovação, formação e qualificação profissional, produção sustentável, e competitividade de pequenos negócios.

1.5.1.1 – O Poder de compra do Estado

Falar em poder de compra do Estado é falar sobre o poder que ele tem de induzir comportamentos em terceiros dado o grande volume de recursos aplicados na aquisição de bens e na contratação de serviços essenciais ao exercício de suas atividades (TEIXEIRA, 2012).

As compras de bens e serviços pelos governos representam proporção significativa do PIB do mundo. Dados da OCDE referenciados por Stiglitz (2007) indicam que as despesas totais dos governos centrais dos países da OCDE foram de quase US\$ 2 trilhões em 1998, excluídas despesas militares e com pessoal.

Nos países em desenvolvimento, as cifras chegam a US\$ 300 bilhões – correspondente a seis vezes o total anual das ajudas multilaterais e bilaterais prestadas à época aos países em desenvolvimento. Esses números correspondem a cerca de 10 a 15% do PIB dos países desenvolvidos e a nada menos que 20% do PIB dos países em desenvolvimento (STIGLITZ, 2007).

Especialmente nos países onde o setor público ocupa uma posição preponderante na economia, os governos podem exercer uma influência considerável tanto sobre as decisões empresariais quanto sobre as opiniões do público (AGENDA 21, 1992).

Ao direcionar o seu poder de compra para determinado tipo de produto ou serviço, o Estado envia o sinal de que haverá demanda de longo prazo para este setor, o que permite às empresas investirem em inovação com a garantia de realizar economias de escala que, conseqüentemente, reduzirão os custos.

É indubitável, portanto, o poder que possui o Estado, não somente para a formação de um mercado inovador e mais sustentável, mas também de educação, mobilização e conscientização da sociedade de um modo geral (BETIOL, 2012).

Nesse contexto, o Brasil integra um grupo de nações marcado pelo elevado poder de compra do Estado pois as compras governamentais vêm se avolumando de modo considerável no decurso dos últimos anos.

A literatura traz relatos de estimativas que demonstram que cerca de 10% do PIB brasileiro são movimentados por compras e contratações realizadas por órgãos de governo (BIDERMAN, 2008). Dados do IBGE, entretanto, sinalizam que o poder de compra total do governo brasileiro (federal, estadual e municipal) pode alcançar algo em torno de 20% do PIB nacional, número que corrobora as estimativas divulgadas por Stiglitz (2007).

TABELA 1: Despesas de consumo anual das administrações públicas em relação ao PIB - valores correntes

Despesas	R\$ milhão				
	2008	2009	2010	2011	2012
Despesas de consumo do Governo Central	77.373	77.752	84.341	65.111	86.351
Despesas de consumo do Governo Central + Estados + Municípios	612.105	687.001	797.332	856.647	944.543
PIB Nacional a valores correntes	3.032.203	3.239.404	3.770.085	4.143.013	4.402.537
Governo Central/PIB	2,55	2,40	2,23	1,57	1,96
Governo Total/PIB	20,18	21,2	21,14	20,67	21,45

Fonte: IBGE – Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Contas Nacionais

De acordo com Biderman (2006), uma das mensagens mais importantes da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento foi a de que o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida melhor somente poderão ser alcançados se as nações reduzirem consideravelmente ou eliminarem padrões insustentáveis de produção e consumo.

Resta evidente, portanto, que as políticas públicas sobre compras governamentais desempenham importantes funções econômicas e sociais nos países em que o setor público ocupa uma posição preponderante na economia.

1.5.1.1.1 - O Modelo anterior

Segundo documento publicado no sítio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP (2013) as compras públicas no Brasil sempre possuíram um status de área meio, servindo apenas como instrumento para prover os bens, serviços e obras necessários à Administração, na execução das políticas públicas e para o funcionamento regular da máquina estatal.

Nesse período, os procedimentos de compras governamentais deveriam apenas ser capazes de garantir a lisura na aplicação dos recursos públicos e propiciar a aquisição de bens e serviços pela forma mais célere e transparente, garantindo a qualidade das contratações e propiciando a obtenção do menor preço possível, a partir de um padrão pré-definido de qualidade e desempenho.

A dificuldade de perceber e utilizar o potencial gerador de desenvolvimento econômico e social das compras públicas no Brasil – já há muito existente em outros países – mostrava-se decorrente de uma realidade em que a preocupação com o combate à corrupção era o ponto central nas ações governamentais no setor.

A justificativa por trás disso é que na época da elaboração da lei de licitações (Lei n. 8.666/1993) a sociedade brasileira se encontrava abalada pela divulgação de uma série de escândalos de corrupção que chocaram o país, dos quais o dos ⁶Anões do Orçamento, em 1992, foi o mais importante.

Tendo em vista esses acontecimentos, a formatação dessa lei foi quase que totalmente dominada por uma mentalidade centrada no controle dos processos, em vez do controle dos resultados, em que as licitações públicas eram vistas como solução para o

⁶ Anões do Orçamento foi o nome pelo qual ficou conhecido um grupo de congressistas brasileiros que no final dos anos 80 e início dos anos 90 se envolveram em fraudes com recursos do Orçamento da União até serem descobertos e investigados, em 1993, perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) de grande repercussão.

combate aos desvios e favorecimentos pessoais nas compras públicas, tendo como princípios maiores a isonomia entre os licitantes, a impessoalidade, a ampliação da competitividade e a rigidez procedimental.

1.5.1.1.2 - A Mudança de paradigma

Com o crescimento da demanda por bens e serviços do Estado, entretanto, as compras públicas passaram paulatinamente a serem percebidas não apenas como um instrumento para o suprimento dos bens necessários ao funcionamento da Administração Pública, mas também como uma forma de aplicar recursos públicos para apoiar ou estimular grupos ou segmentos da sociedade considerados vulneráveis ou estratégicos para a economia nacional ou fomentar a inovação, tendo a capacidade de servir como instrumento de geração de emprego e renda e desenvolvimento local.

Assim, com o propósito de regular o poder de compra do Estado como instrumento de implementação de política pública foi aprovada, em 2010, a Lei n. 12.349. Até o seu advento, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei de Licitações vedava taxativamente aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometessem, restringissem ou frustrassem o seu caráter competitivo e estabelecessem preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Com a redação trazida pela nova lei, o inciso I do § 1º do art. 3º passou a admitir a relativização dos antes proeminentes princípios da isonomia, da impessoalidade e da competitividade.

Art. 3º ...

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, **ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;** (grifos nossos)

Ou seja, a partir da novel legislação, passou-se a admitir como exceção à regra de vedação de preferências as hipóteses elencadas nos parágrafos 5º a 12 do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 e do art. 3º da Lei n. 8.248/1991 (Nova Lei de Informática).

Determinante para essa mudança de paradigma foi a inclusão no caput do art. 3º da Lei de Licitações de uma nova finalidade a ser buscada com o procedimento licitatório - o desenvolvimento nacional sustentável -, com uma preocupação voltada não somente ao alcance do benefício econômico, mas também do social e do ambiental.

Essa mudança de rumo insere-se no contexto de uma certa tendência (nacional e internacional) do uso do poder de compra do Estado para o fomento estatal de determinadas atividades ou a implementação de políticas públicas.

Nesse quadro, para além da dimensão puramente financeira e imediata, outros aspectos passaram a ser considerados nos procedimentos licitatórios conduzidos pela Administração Pública, de forma que, ao final, eles proporcionem não somente benefícios imediatos ao Estado, mas igualmente benefícios mediatos.

A licitação passa a ser vista assim como instrumento de direito econômico, e não apenas administrativo. Ou seja, como um meio para ampliar os benefícios à sociedade, que vão muito além do mero cotejo de preços e técnicas, mas perpassa diversas dimensões (BARCESSAT, 2013).

1.5.1.1.3 - O poder de compra do Estado e o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável

Haja vista o conceito de sustentabilidade manejado pela Comissão Brundtland (1987), uma compra pública sustentável deve buscar integrar critérios ambientais, sociais e econômicos a todos os estágios do processo de licitação.

Para tanto, na sua rotina de aquisição de produtos/serviços o comprador público deverá considerar a necessidade real de adquirir; as circunstâncias em que o produto visado foi gerado, levando ainda em consideração os materiais e as condições de trabalho de quem o gerou, e a logística reversa de descarte do produto ao fim de seu ciclo de vida.

A ideia por trás da estratégia é a de que se a maioria dos compradores públicos optar por produtos mais sustentáveis, uma demanda maior estimulará uma oferta maior, que conduzirá por sua vez a um preço mais baixo, gerando um círculo virtuoso de demanda e oferta de produtos sustentáveis.

Segundo Biderman (2007) as aquisições públicas podem ajudar a criar esse grande mercado de produtos sustentáveis mediante o aumento das margens de lucro dos produtores por meio de economias de escala e redução de seus riscos. Além disso, o mercado de compras governamentais pode incentivar a inovação e, conseqüentemente, estimular a competição da indústria, garantindo aos produtores recompensas pelo melhor desempenho ambiental de seus produtos.

Trata-se, em síntese, de uma tentativa da Administração Pública em colaborar com a afirmação do desenvolvimento sustentável, ou seja, com o desenvolvimento no qual há progresso material e tecnológico, mas também há uma preocupação com a existência saudável de gerações futuras, e de não favorecer o esgotamento dos recursos naturais não renováveis.

1.5.2 – Compras sustentáveis no Brasil

Em 2014, conforme dados coletados do sítio Compras Governamentais do Governo Federal, as compras sustentáveis movimentaram R\$ 39,06 milhões na aquisição de bens, por meio de 1.245 processos. Essas contratações representaram 0,06 % do total das compras públicas realizadas naquele ano.

Ao longo dos últimos 5 anos, as compras sustentáveis saíram de um patamar de gastos da ordem de R\$ 14,3 milhões para uma participação de R\$ 39,0 milhões nas aquisições dos órgãos integrantes do SISG – Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, o que representa um crescimento de 172% em 2014 em relação a 2010. Na comparação com o mesmo período de 2013, todavia, as aquisições sustentáveis sofreram um decréscimo de 14%.

Nada obstante o crescimento verificado, se considerarmos, entretanto, o montante total gasto somente pelo Governo Federal no último ano – R\$ 62 bilhões - os dados de

compras apresentados se revelam ínfimos (0,06% do total), evidenciando que ainda há muito a ser feito nessa área.

Além do pouco tempo de existência da legislação que comanda a matéria, do pequeno número de fornecedores e de uma insuficiente jurisprudência sobre o tema, que contribui para certa insegurança jurídica dos licitantes no manejo dos normativos existentes, outro aspecto que ajuda a explicar a pouca participação das compras sustentáveis no volume total de gastos realizado pelo Governo Federal reside no comportamento dos agentes públicos responsáveis pelas áreas de compras, de forma que é importante divulgar as políticas existentes e aumentar o interesse e a motivação deles em participar do processo em curso.

Para tanto, segundo Squeff (2014), faz-se necessário dar aos compradores um conhecimento mais abrangente das necessidades de futuro e do potencial de aperfeiçoamento dos serviços públicos com a realização de compras sustentáveis, assim como permitir que tenham acesso ao potencial de soluções que o mercado pode oferecer.

2. O USO DA MARGEM DE PREFERÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS

O uso dos gastos públicos e a tentativa de direcioná-los para produtores locais são importantes instrumentos de política macroeconômica, sobretudo durante os períodos recessivos, para contrapor-se à queda na atividade econômica (STIGLITZ, 2007).

No Brasil, até recentemente, as compras públicas possuíam um status de área meio, servindo apenas como instrumento para prover os bens, serviços e obras necessários à ⁷Administração para a execução das políticas públicas e para o seu próprio funcionamento.

Todavia, em razão do acirramento da competição entre nações por novos mercados, decorrente principalmente da conjuntura econômica oriunda da crise internacional de 2008, e o crescimento da demanda doméstica por bens e serviços do Estado, as compras públicas passaram paulatinamente a serem percebidas não apenas como um instrumento para o suprimento dos bens necessários ao funcionamento da Administração Pública, mas também como uma forma de aplicar recursos públicos expressivos para apoiar ou estimular grupos ou segmentos da sociedade considerados vulneráveis ou estratégicos para a economia nacional ou fomentar a inovação, tendo a capacidade de servir como instrumento de geração de emprego e renda e desenvolvimento local.

Dentro desse contexto, a concessão de margem de preferência a produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras surge como elemento a serviço da realização dessa estratégia.

2.1 - O Uso da margem de preferência no mundo

Em termos de experiência internacional, o Brasil não é o primeiro país do mundo a adotar um sistema de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em compras governamentais.

⁷ Art. 37, XXI, CF/1988 - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A aplicação de margens de preferência nas compras governamentais como estratégia de favorecimento dos produtos nacionais em detrimento dos produtos estrangeiros é sistemática amplamente utilizada pelos países no âmbito global.

Nos EUA, por exemplo, desde 1933, o *Buy-American Act* prevê a aplicação de margens de preferências a produtos domésticos. Conforme tal legislação, o governo dos EUA oferece uma margem de preferência de 6% para produtos nacionais. Esta margem de preferência pode aumentar para até 12% no caso de micro e pequenas empresas em regiões com altas taxas de desemprego. Para compras militares, tal margem de preferência pode atingir até 50%. Na América do Norte, o Canadá igualmente oferece margem de preferência de 10% para os produtos nacionais nas compras governamentais (SSENNOGA, 2006).

François, Palmeter e Nelson (1997), citados por Stiglitz (2007), estimam que a margem de preferência para os países da OCDE varie na faixa de 13% a 50%. Branco (1994) menciona dados da Comissão da Comunidade Europeia, abrangendo Bélgica, França, Alemanha, Itália e Reino Unido, que informam a aplicação de margens de preferência entre 0,3% na Itália e 3,8% na Alemanha. Atualmente, entretanto, segundo estudo de *benchmark* internacional realizado pelo Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer (2013) - CTI Renato Archer -, não há nenhuma diretiva explícita na Europa Ocidental que dê preferência a empresas nacionais nas compras públicas, todos os países cumprem as determinações da OMC e do seu ⁸Acordo sobre Compras Governamentais (GPA).

Na Rússia, o Decreto n. 427, de 5/12/2008 garante uma preferência de 15% para os produtos domésticos nas compras governamentais, enquanto, na Ucrânia, conforme a Resolução Governamental n. 647, de 24/6/2009, as compras governamentais de bens, trabalhos e serviços devem ser feitas apenas de produtores domésticos (TCU, 2013).

⁸ No plano internacional, o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA, na sigla em inglês) é um acordo plurilateral mantido pela Organização Mundial do Comércio (OMC) que busca a abertura mútua dos mercados de compras governamentais entre suas partes. A natureza plurilateral do acordo significa dizer que nem todos os membros da Organização são partes dele. Atualmente o acordo conta com 15 partes que incluem 43 membros da OMC. Outros 27 membros participam no Comitê de Contratação Pública como observadores. O Brasil, como a maior parte dos países em desenvolvimento, não é signatário do GPA (Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em 31/5/2015).

Na Ásia, a Índia, desde 1956, aplica política de compras preferenciais com foco nas pequenas empresas e estatais, praticando margens de 15 e 10% respectivamente. No Sri Lanka também há a aplicação de margem de preferência (15%) nas aquisições públicas (CTI RENATO ARCHER, 2013). No Japão, em nível provincial, algumas localidades japonesas estão incentivando a implementação de políticas públicas para encorajar as compras de produtos locais. O Cazaquistão, por sua vez, publicou, em 17/5/2010, o Decreto n. 423, que introduziu uma lista de bens que devem, obrigatoriamente, ser adquiridos de produtores domésticos (TCU, 2013).

No continente africano, a África do Sul aplica política de preferência nas compras públicas de acordo com a legislação do fortalecimento econômico da comunidade negra. O percentual aplicável é de 20% para compras abaixo de US\$ 110 mil, e de 10% acima do valor referenciado (CTI RENATO ARCHER, 2013). Na Argélia, o Decreto Presidencial n. 02-250, de 24/7/2002, estabelece margem de preferência de 15% para produtos nacionais nas compras governamentais (TCU, 2013).

Na Oceania, Menezes (2001) assinala os exemplos da Austrália e da Nova Zelândia que oferecem uma margem de preferência de 20% e 10%, respectivamente, para produtos nacionais nas compras governamentais.

Além dos países já citados, a exposição de motivos EMI 104/MP/MF/MEC/MCT também menciona as experiências da China, com a Lei n. 68/2002; da Colômbia, com a Lei n. 816/2003; e da Argentina, com a Lei n. 25.551/2001, como casos de sucesso na aplicação de margens de preferência.

2.2 – Base constitucional

Consoante informado na exposição de motivos EMI 104/ MP/MF/MEC/MCT, de 18/6/2010, as modificações realizadas na Lei n. 8.666/1993 visam agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional sustentável e encontram-se fundadas nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988:

(a) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

II - **garantir o desenvolvimento nacional**; (grifos nossos)

(b) incisos I, VI, VII e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

...

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - **redução das desigualdades regionais e sociais**; (grifos nossos)

VIII - busca do pleno emprego;

(c) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica no fomento ao desenvolvimento sustentável; e

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - **A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado**, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. (grifos nossos)

(d) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. **O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas**, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (grifos nossos)

2.3 – Base legal

A Lei n. 12.349/2010 implementou importante alteração legislativa no âmbito da Lei n. 8.666/1993, de forma a favorecer o desenvolvimento nacional sustentável por meio da aquisição privilegiada de bens manufaturados e serviços de origem nacional, desde que esses atendam às normas técnicas brasileiras e/ou estejam associados ao desenvolvimento e inovação tecnológica no país.

Para tanto, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 passou a considerar o disposto nos §§ 5º a 12, acrescentados pela Lei n. 12.349/2010 bem como o atendimento ao art. 3º da Lei n. 8.248/1991, como não comprometedores ou não restritivos da competitividade dos licitantes.

Pelo advento da Lei n. 12.349/2010, a margem de preferência será estabelecida com base em estudos feitos e revistos a cada cinco anos e que considerem a geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, o desenvolvimento e a inovação tecnológica realizados no País e o custo adicional dos produtos e serviços contratados com a margem. As revisões realizadas devem ainda conter uma análise retrospectiva de resultados. É ainda aberta a possibilidade de que margem adicional possa ser concedida para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados internamente, desde que a soma destas margens não ultrapasse 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

O Decreto n. 7.546, de 2/8/2011, por sua vez, regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, conceituando, para fins de sua aplicação, o que seja cada um dos atributos inseridos no ordenamento pela nova legislação:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - Margem de preferência normal - diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais;

II - Margem de preferência adicional - margem de preferência cumulativa com a prevista no inciso I do caput, assim entendida como o diferencial de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, e produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais;

III - Medida de compensação industrial, comercial ou tecnológica - qualquer prática compensatória estabelecida como condição para o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial concretizados, entre outras formas, como:

- a) coprodução;
- b) produção sob licença;
- c) produção subcontratada;

- d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica;
- e) transferência de tecnologia;
- f) obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução;
- g) treinamento de recursos humanos;
- h) contrapartida comercial; ou
- i) contrapartida industrial;

IV - Produto manufaturado nacional - produto que tenha sido submetido a qualquer operação que modifique a sua natureza, a natureza de seus insumos, a sua finalidade ou o aperfeiçoe para o consumo, produzido no território nacional de acordo com o ⁹processo produtivo básico definido nas Leis n^{os} 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e 8.248, de 23 de outubro de 1991, ou com as ¹⁰regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal, tendo como padrão mínimo as regras de origem do Mercosul;

V - Serviço nacional - serviço prestado no País, nos termos, limites e condições estabelecidos nos atos do Poder Executivo que estipulem a margem de preferência por serviço ou grupo de serviços;

VI - Produto manufaturado estrangeiro e serviço estrangeiro - aquele que não se enquadre nos conceitos estabelecidos nos incisos IV e V do caput, respectivamente; e

VII - Normas técnicas brasileiras - normas técnicas produzidas e divulgadas pelos órgãos oficiais competentes, entre eles a Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e outras entidades designadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO.

O referido decreto cria ainda a Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP), instituição de caráter temporário, com atribuições específicas atinentes à proposição e ao acompanhamento da aplicação dos dispositivos legais referentes à margem de preferência e às medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições de financiamento.

⁹ Processo produtivo básico (PPB) é um conjunto mínimo de operações que caracteriza a efetiva industrialização de um produto, não é um benefício, mas uma contrapartida, exigida pelo Governo, para a fruição dos incentivos da Lei de Informática e da Zona Franca de Manaus - ZFM. Assim, o PPB é uma norma geral criada para determinado produto (telefone celular, por exemplo) e não para uma empresa. Se o PPB já existe, qualquer empresa pode pleitear sua habilitação nele, nos termos da Lei. Por outro lado, se não existe PPB para certo produto, então as empresas que o fabricam não poderão utilizar aqueles benefícios fiscais. Neste caso, faz-se necessário que uma empresa ou entidade solicite a criação do PPB (Disponível em: <http://www.mdic.gov.br>. Acesso em 25/4/2015).

¹⁰ Regime de origem das compras governamentais são as normas definidas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, por meio da Portaria MDIC n^o 279, de 18.11.2011 para que uma mercadoria seja considerada como “produto manufaturado nacional” para efeitos de aplicação da margem de preferência nas compras governamentais. São considerados originários os produtos totalmente obtidos ou os produtos que cumpram os requisitos específicos de origem dispostos no Anexo I da Portaria. Requisito específico de origem significa a regra para fabricação ou processamento do produto a partir de materiais importados e envolve dois tipos de regras: regra de valor (impõe um limite, em valor percentual, para utilização de insumos importados) e regra de mudança de classificação tarifária (exigência de que o produto não contenha determinados materiais importados) (Disponível em: <http://www.mdic.gov.br>. Acesso em 25/4/2015).

A Comissão é integrada pelos Ministros de Estado da Fazenda, que a presidirá; Planejamento, Orçamento e Gestão; Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ciência, Tecnologia e Inovação; e das Relações Exteriores. Considerando a natureza das decisões envolvidas nas atividades da CI-CP e a exigência legal de que a concessão de margens seja amparada em estudos, haverá ainda um grupo de apoio constituído por técnicos dos ministérios envolvidos, além da possibilidade de que especialistas pesquisadores e representantes de outros órgãos e entidades públicas ou privadas sejam convocados para apoiar a execução desses trabalhos.

2.4 – Revisão bibliográfica

Em licitações realizadas com a aplicação de margens de preferência o fornecedor local vence, mesmo que ofereça um lance superior ao fornecedor estrangeiro, desde que o seu lance se situe no intervalo compreendido entre o menor preço ofertado pelo licitante estrangeiro e o acréscimo decorrente da aplicação da margem de preferência.

Estudos realizados por McAfee e McMillan (1989) demonstraram que nem sempre conceder preferências de preços a determinados licitantes pode resultar em um aumento de custos. De acordo com as pesquisas realizadas pelos dois estudiosos, os fornecedores estrangeiros tendem a diminuir as suas expectativas de lucros, e, por conseguinte, os seus lances quando são oferecidas margens de preferência aos fornecedores locais, de modo a que possam sair vencedores dos certames. Assim, conceder margem de preferência para fornecedores domésticos é uma política ótima quando os fornecedores estrangeiros têm vantagens comparativas em relação aos primeiros e o governo está interessado em minimizar os custos esperados com as compras governamentais. Nesse caso, a redução na proposta da empresa estrangeira mais do que compensa o aumento de custo na oferta da firma doméstica em equilíbrio.

Para os autores citados, em qualquer hipótese, se o governo quer maximizar o bem-estar doméstico (no qual se inclui o lucro de uma empresa doméstica), ele deve sempre oferecer preferências às firmas domésticas. Todavia, essas preferências devem variar de

indústria a indústria, sendo menores nas indústrias com vantagens comparativas e maiores nas indústrias com desvantagens comparativas.

Esse argumento não é compatível com a concessão de margens de preferência generalizadas, uma vez que muito dificilmente um país teria desvantagens competitivas em todos os setores. Para Branco (1994), na ausência de vantagens comparativas, o governo deve discriminar em favor das empresas nacionais, porque os lucros das empresas estrangeiras não propiciam bem-estar doméstico.

Haja vista esse caráter compensatório, alguns autores entendem que a concessão de preferências para compras domésticas seja um instrumento de proteção à indústria nacional equivalente às tarifas. Menezes (2001), porém, argumenta que a analogia entre margens de preferências e tarifas de importação não é apropriada. Ao contrário das tarifas, o estabelecimento de uma margem de preferência para empresas nacionais pode maximizar o benefício esperado pelo governo em razão dos ganhos que a medida pode provocar sobre a geração de emprego e renda, arrecadação de tributos e fortalecimento das cadeias de produção, além, é claro, da redução parcial de preços dos ofertantes estrangeiros que ganham licitações pela elevação da expectativa de competição dos certames.

Do ponto de vista da teoria econômica, o valor da margem de preferência deve ser somente o suficiente para equiparar assimetrias competitivas que levam a diferenças na utilidade (para o comprador) entre a melhor oferta estrangeira e a melhor oferta nacional¹¹. Idealmente, portanto, ela não deve ir além da compensação de diferenças estruturais de competitividade, deve gerar benefícios de desenvolvimento local que justifiquem seus custos e deve contribuir para a redução paulatina das assimetrias competitivas.

2.5 – Objetivos e justificativas de implementação da política de concessão de preferências

O principal objetivo da adoção de margem de preferência em uma licitação é igualar as condições de competição quando os licitantes possuem assimetrias estruturais de custos que impedem a eficiência de uma licitação.

¹¹ Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br>>. Acesso em: 27/4/2015.

No caso brasileiro, além disso, pretende-se, promover o desenvolvimento econômico do país mediante a concessão de incentivos à pesquisa e à inovação (art. 3º, *caput* e § 7º); estimular a produção doméstica de bens e serviços e, assim, o mercado interno (art. 3º, *caput*); aumentar a demanda agregada da economia, estimular a atividade econômica, mitigar as disparidades regionais e incentivar a geração de emprego e renda em segmentos marginais da força de trabalho; fomentar o desenvolvimento de tecnologia nacional (art. 3º, § 7º, III, e § 8º); incentivar a ampliação do investimento direto estrangeiro, o aumento da competitividade e da produtividade da indústria nacional, o acesso a novas tecnologias e a ampliação do território do conhecimento tecnológico, a abertura de novos mercados, o desenvolvimento da indústria nacional, o aumento da participação de bens e serviços nacionais no mercado externo e a promoção do equilíbrio ou superávit da balança comercial (art. 3º, § 11); e salvaguardar sistemas importantes do Estado brasileiro e mitigar a dependência de bens e serviços sobre os quais se tenha baixa gestão do conhecimento (art. 3º, § 12).

Segundo a EMI 104/MP/MF/MEC/MCT, de 18/6/2010 a implementação do regime de preferências no País decorreu, por um lado, pela necessidade de adoção de ações tempestivas que promovessem a indústria e os prestadores de serviços brasileiros, incentivando-os a aprimorarem a qualidade de seus produtos e serviços, pela rápida deterioração da balança comercial nos anos anteriores e pela atuação agressiva adotada por alguns países que, devido ao fraco desempenho dos seus mercados internos, estavam buscando espaço nos mercados internacionais.

Também contribuiu para a adoção da política o fato de que vários países já adotavam práticas semelhantes, as quais foram reforçadas em função da crise internacional de 2008, deixando produtos brasileiros em desvantagem competitiva nas compras governamentais desses países.

Esse cenário de ausência de competitividade, facilmente perceptível quando analisados os dados da balança comercial brasileira referente aos anos precedentes, vinha se verificando, independentemente da crise, mais acentuadamente desde 2006, com um declínio crescente do saldo da balança comercial, provocado por um contínuo e vigoroso incremento do valor das importações face ao valor das exportações, com exceção somente para o ano de 2009, reflexo da forte crise internacional de 2008.

TABELA 2: Balança comercial brasileira – saldo anual

Despesas	US\$ bilhões				
	2006	2007	2008	2009	2010
Exportações	137,5	160,6	197,9	153,0	201,9
Importações	91,4	120,6	173,2	127,6	181,6
Saldo	46,1	40,0	24,7	25,3	20,3

Fonte: MDIC, Balança Comercial Brasileira – Dados Consolidados, anos de 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010.

2.6 – Atributos de definição das margens de preferência

De acordo com o art. 8º do Decreto n. 7.546/2011, que regulamenta o disposto nos §§5º a 12 do art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, à Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP) compete elaborar proposições normativas referentes a margens de preferência normais e margens de preferência adicionais máximas e medidas de compensação tecnológica, industrial, comercial ou de acesso a condições vantajosas de financiamento; analisar estudos setoriais para subsidiar a definição e a implementação das margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços e das medidas de compensação referidas previamente; promover avaliações de impacto econômico, para examinar os efeitos da política de margem de preferência e de medidas de compensação nas compras públicas sobre o desenvolvimento nacional, considerando o disposto na Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010; acompanhar e avaliar a evolução e a efetiva implantação das margens de preferência e medidas de compensação no processo de compras públicas; e propor o universo de normas técnicas brasileiras aplicáveis por produto, serviço, grupo de produtos e grupo de serviços para os fins do disposto neste Decreto.

Conforme o decreto regulamentador, a proposição das margens de preferência deve ser realizada com base em estudos, revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, que identifiquem o potencial de geração de emprego e renda no País; o efeito multiplicador sobre a arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; o potencial de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; o custo adicional dos produtos e serviços; e em suas revisões, a análise retrospectiva de resultados. Além disso, a fixação das margens de preferência e das medidas de compensação observará ainda as diretrizes gerais das políticas industrial, tecnológica e de comércio exterior vigentes.

No Brasil, por solicitação da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (SPE/MF), órgão executivo da CI-CP, os estudos estimativos de definição das margens de preferência estão sendo realizados, conforme o produto/serviço a ser beneficiado

pela política, ou pela Fundação Getúlio Vargas (FGV_Projetos) ou pela Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) ou pelo Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer (CTI Renato Archer).

No início, a mensuração dos valores das margens de preferência aplicáveis a cada produto manufaturado ou serviço nacional beneficiado com a política era calculada segundo a análise insumo-produto do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. A análise de insumo-produto é um arcabouço metodológico quantitativo de uso amplo e consagrado que permite analisar as cadeias produtivas de forma desagregada ao longo dos setores. A aplicação mais frequente de modelos de matriz insumo-produto é estimar o impacto de um impulso sobre a demanda final de um setor ou mesmo sua importância sobre a totalidade de uma economia, seja regional ou nacional.

Haja vista, entretanto, os resultados alcançados e as dificuldades para realização dos estudos requeridos para fins de proposição das margens de preferência, a CI-CP solicitou, e a FGV desenvolveu, nova metodologia para subsidiar a determinação das margens de preferência (Parecer PGFN/CJU/COJLC/N.º 330/2014, de 17/3/2014).

Nessa nova metodologia foi construída uma matriz de decisão que levou em consideração a capacidade de uma compra pública gerar impacto econômico, utilizando-se de indicadores de interligação setorial, vantagem comparativa no comércio internacional e inovação tecnológica. Tais indicadores foram construídos a partir de subíndices viabilizados pelos dados da Secretaria de Comércio Exterior do MDIC - Secex, ONU e IBGE (matriz insumo-produto e ¹²Pintec) e posteriormente compatibilizados em capítulos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).

Esses subíndices, por sua vez, levaram em conta indicadores baseados em características estruturais dos setores econômicos envolvidos e vantagens comparativas do comércio internacional. Finalmente, buscaram mensurar a capacidade de geração de emprego e salários na economia, o efeito multiplicador na produção dos insumos requeridos para a produção do bem que será adquirido e de outros bens da economia, dentre outros. Para

¹² Pintec = Pesquisa de inovação (IBGE)

mensurar a inovação tecnológica, construiu-se um indicador para medir o esforço, capacitação e desempenho inovativo dos setores econômicos.

De acordo com a nova metodologia utilizada, cada setor, considerando a classificação NCM de quatro dígitos, foi enquadrado na matriz comparativa de decisão para fins de subsidiar a análise e a decisão da Comissão Interministerial de Compras Públicas na proposição de margens de preferência normal e adicional.

A literatura, bem como o texto legal, sugerem que o estudo seja revisto periodicamente, de forma a observar e incorporar aperfeiçoamentos e novos desenvolvimentos futuros.

2.7 – Margens de preferência autorizadas

Desde setembro de 2012, o Governo Federal publicou vinte e um decretos que estabelecem margens de preferência, nas aquisições públicas, para certos produtos produzidos nacionalmente. Esses regulamentos estabelecem margens que oscilam entre 8% e 25% do menor preço ofertado do produto manufaturado estrangeiro, e incluem, entre outras mercadorias, produtos têxteis, artigos de vestuário, calçados, retroescavadeiras, moto-niveladoras, caminhões, perfuratrizes, tratores, softwares, equipamentos de tecnologia da informação, disco para moedas, produtos farmacêuticos e médicos, brinquedos e aeronaves.

QUADRO 2: Relação dos decretos autorizadores das margens de preferência

Decreto	Data	Produto	Margem Normal	Margem Adicional	Período de Vigência
7.601	07/11/2011	Confecções, calçados e artefatos	8%	-	7/5/2012
7.709	03/04/2012	Moto-niveladoras e retroescavadeiras	10-18%	-	31/12/2015
7.713	03/04/2012	Fármacos e medicamentos	8-20%	5%	30/03/2014 ou 30/03/2017
7.756	14/06/2012	Confecções e calçados	20%	-	31/12/2013
7.767	27/06/2012	Equipamentos médico-hospitalares	8-25%	-	30/06/2017
7.810	20/09/2012	Papel-moeda	20%	-	31/12/2015
7.812	20/09/2012	Vias férreas	20%	-	31/12/2015
7.816	28/09/2012	Caminhões, furgões e implementos rodoviários	14-17%	-	31/12/2013
7.841	12/11/2012	Moto-niveladora e retroescavadeira	15-25%	-	31/12/2015
7.843	12/11/2012	Disco para moeda	20%	-	31/12/2013

7.840	13/11/2012	Perfuratriz e patrulha mecanizada	15-20%	-	31/12/2013
7.903	04/02/2013	Equipamentos de tecnologia e comunicação	15%	10%	31/12/2015
8.002	14/05/2013	Pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins.	15-25%	-	31/12/2015
8.167	23/12/2013	Confecções e calçados	20%	-	31/12/2013
8.170	23/12/2013	Disco para moeda	20%	-	31/12/2015
8.171	23/12/2013	Caminhões, furgões e implementos rodoviários	14-17%	-	31/12/2015
8.184	17/01/2014	Equipamentos de tecnologia da informação e comunicação	10%	10%	31/12/2015
8.185	17/01/2014	Aeronaves executivas	9%	16%	31/12/2015
8.186	17/01/2014	Licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos	0%	18%	31/12/2015
8.223	03/04/2014	Brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou esporte	10%	-	31/12/2015
8.224	03/04/2014	Máquinas e equipamentos	15-20%	5%	31/12/2015
8.225	03/04/2014	Fármacos e medicamentos	8-20%	5%	31/12/2015 ou 30/03/2017

Fonte: www.presidencia.gov.br

Dos 21 decretos de concessão de margens publicados, somente em 7 deles houve a previsão de margem adicional, tendo essa variado de 5% a 18%. Em sua maioria os produtos beneficiados eram do setor de tecnologia da informação e comunicação. No entanto, havia também fármacos e medicamentos, aeronaves executivas e máquinas e equipamentos.

2.8 – Aplicação da política

A margem de preferência estipulada em decreto é calculada como um percentual sobre o menor preço ofertado pelo produto estrangeiro, conforme a fórmula:

$PM = PE \times (1 + M)$ em que:

PM: preço com margem

PE: menor preço ofertado do produto manufaturado estrangeiro

M: margem de preferência em percentual, definida por decreto

O preço ofertado de produto manufaturado nacional (PN) será considerado menor que o preço ofertado do produto estrangeiro (PE) sempre que seu valor for igual ou inferior a PM. E o preço ofertado de produto manufaturado nacional será considerado maior que o preço ofertado do produto estrangeiro (PE), sempre que seu valor for superior a PM.

Lance Vencedor (produto nacional) \leq PM

Lance Perdedor (produto nacional) $>$ PM

A margem de preferência normal somente será aplicada aos produtos manufaturados e serviços nacionais se eles se apresentarem em conformidade às regras de origem estabelecidas por ato do Ministro do Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e conforme o processo produtivo básico aprovado nos termos do Decreto-lei n. 288/1967 e da Lei n. 8248/1991, que sejam desenvolvidos ou prestados no País por pessoa jurídica constituída em conformidade com o art. 1126 ao art. 1133 do Código Civil e tenham recebido o certificado de que trata a Portaria n. 555/2013 do MCTI.

Já a margem de preferência adicional será aplicada somente aos produtos e serviços resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País que se apresentem em conformidade com os requisitos e critérios definidos em ato conjunto dos Ministros de Estado do MDIC e MCTI.

Com base em informações fornecidas pelos licitantes a respeito da procedência dos produtos, a margem de preferência é aplicada para classificação das propostas segundo critério de origem¹³, sendo realizada após a fase de lances, na modalidade de pregão e no julgamento e classificação das propostas, nas demais modalidades de licitação.

Admitindo-se somente os lances válidos (não excluídos pelo pregoeiro por motivos de ordem técnica ou não cumprimento do edital, por exemplo), a margem de preferência é considerada observável (isto é, determinante para definição do vencedor do pregão) quando as seguintes condições são simultaneamente atendidas: a melhor proposta (de preço PE) envolve um produto de origem estrangeira e existe uma proposta de produto nacional com preço igual ou inferior a PM.

A preferência não é observável em pelo menos duas outras situações: caso a melhor proposta envolva um produto de origem nacional ou caso o preço mais baixo ofertado

¹³ Regime de origem das compras governamentais são as normas definidas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, por meio da Portaria MDIC n. 279, de 18.11.2011, e suas alterações para que uma mercadoria seja considerada como “produto manufaturado nacional” para efeitos de aplicação da margem de preferência nas compras governamentais. São considerados originários os produtos totalmente obtidos ou os produtos que cumpram os requisitos específicos de origem dispostos no Anexo I da Portaria. Igualmente importantes para o propósito de atestar a origem dos produtos e serviços são as portarias Interministerial MDIC/MCTI n. 383, de 26/4/2013, e MCTI n. 555, de 18/6/2013 (Disponível em: <http://www.mdic.gov.br>. Acesso em 23/4/2015).

se refira a um produto de origem estrangeira, e o valor da melhor proposta com produto nacional seja maior que PM.

Além das ocorrências mencionadas, outras condições podem afetar a determinação da observância da margem de preferência e, conseqüentemente, a proposta vencedora. Tais situações decorrem, por exemplo, da hipótese de o licitante da proposta classificada em primeiro lugar ser inabilitado ou deixar de apresentar o formulário de declaração de cumprimento da regra de origem; ou da hipótese de a licitação ter por critério de julgamento o menor preço do grupo ou lote e um ou todos os itens que compõem o grupo ou lote não atenderem às regras de origem; e, finalmente, da hipótese de a negociação entre o pregoeiro e o vencedor da fase de lances modificar os valores e resultados da licitação.

2.9 – O Uso da margem de preferência em certames licitatórios

De acordo com dados obtidos do Balanço Executivo 2011-2014 do PBM (2014) somente no ano de 2013 o total de compras públicas homologadas realizadas com a aplicação de margens de preferência alcançou a cifra de R\$ 2,7 bilhões. Esse número, entretanto, consoante informações obtidas da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP), com base nos dados constantes no portal de Compras Governamentais do Governo Federal, mostra-se mais condizente com os valores despendidos no ano de 2014, vez que em 2013, nesta base de dados, somente foi contabilizado R\$ 1,8 bilhão.

TABELA 3: Estatísticas dos certames licitatórios realizados com o uso de margens de preferência

Decretos de Margens de Preferência		Número de Certames Licitatórios vs. Valor das Compras					
		2012		2013		2014	
		N.º de Certames	Valor	N.º de Certames	Valor	N.º de Certames	Valor
Decretos 7601 e 7756	Confecções, calçados e artefatos	59	71,0	162	411,8	173	296,5
Decretos 7709 e 7841	Motoniveladora e retroescavadeira	5	484,4	8	13,5	4	20,2
Decretos 7713 e 7767	Medicamentos	150	80,7	639	844,3	754	1680,1
Decreto 7812	Trens	0	0	1	0,34	0	0
Decreto 7816	Veículos	15	1394,7	17	514,9	28	545,1

R\$ milhões

	pesados							
Decretos 7840 e 8002	Equipamentos e tratores	7	1243,8	15	37,3	23	36,1	
Decreto 7903	Equipamentos TI - Rede	3	0,78	11	6,9	52	8,7	
Decreto 8184	Equipamentos TI- Impressoras	7	1,45	11	3,2	148	79,9	
Decreto 8194	Equipamentos TI - Telefonia	5	0,94	12	8,0	84	19,5	
Decreto 8223	Brinquedos	0	0	1	0,03	14	0,65	
Decreto 8224	Máquinas e equipamentos	3	0,31	3	0,05	5	0,68	
TOTAL		254	3278,08	880	1840,32	1285	2687,43	

Fonte: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI, Compras Governamentais., 2015)

Da análise dos dados elencados é possível evidenciar que o uso do instituto tem se realizado, ano a ano, de forma crescente, com um acréscimo de 406%, em 2014, em relação ao número de certames realizados com a aplicação da política em 2012. Verifica-se, também, que, por meio da aplicação do instituto, a Administração Pública federal já comprou desde material de pouco valor agregado, como calçados e artefatos têxteis, até equipamentos dotados de maior conteúdo inovativo, como serviços de softwares, equipamentos de tecnologia da informação, máquinas automotivas e aeronaves.

Dados da ABDI de 2012 ilustram que o uso da margem de preferência tem sido determinante nos certames licitatórios para o êxito dos concorrentes que produzem bens ou prestam serviços de origem nacional em face dos fornecedores de produtos e serviços fabricados no estrangeiro, conforme ilustra a tabela a seguir.

QUADRO 3: Compras públicas do Governo Federal realizadas com a aplicação de margens de preferência em 2012

R\$ milhões

Setor/Produto	Quantidade		Margem de Preferência		Qde. Lote Nacional Vencedor	Qde. Lote Estrangeiro Vencedor	Valor da Compra			Observação
	Pregão	Lote	Valor (%)	Aplicação			Nacional	Externo	Total	
Caminhões e Implementos Rodoviários	8	43	14 e 17	Não	43	0	534,8	0	534,8	Participação De produto estrangeiro em 3 lotes
Moto-niveladora 1ª margem	1	1	18	Sem efeito	0	1	0	3,2	3,2	Margem necessária 22%
Moto-niveladora 2ª margem	1	6	25	Em 3 lotes	6	0	760,9	0	760,9	Margens aplicadas: 0,03%, 0,25% e 0,31%.
Retroescavadeira 1ª margem	1	1	10	Não	2	0	481,4	0	481,4	Participação de produto estrangeiro em todos os lotes
Retroescavadeira 2ª margem	2	10	15	Não	9	0				
Patrulhas agrícolas (tratores e implementos)	1	5	20	Não	5	0	2,0	0	2,0	Sem participação de produto estrangeiro
Ambulância	1	1	20	Não	1	0	122,7	0	122,7	Participação de

										produtos estrangeiros em 3 lotes
Uniforme Escolar	1	40	20	Não	40	0	122,6	0	122,6	Sem participação de produto estrangeiro
Total	16	-	-	-	-	-	2.024,7	3,2	2.028,0	-

Fonte: Ministério da Fazenda (ABDI, 2012).

Do total de 16 pregões realizados, apenas em um lote (compra de 10 moto niveladoras) um fornecedor estrangeiro ganhou a licitação. Nesse pregão, o concorrente chinês foi escolhido mesmo com a aplicação do limite máximo da margem de preferência (18%), pois a margem necessária para que o fornecedor nacional vencesse a licitação seria de 22%. Entretanto, em pregão posterior para aquisição de motoniveladoras que contava com a possibilidade de aplicação de margem de preferência de 25%, não foi necessário o uso do instrumento no seu limite, pois os valores oferecidos pelas empresas nacionais foram consistentemente menores do que os oferecidos pelos concorrentes estrangeiros. Apenas em três lotes do pregão realizado foi necessário utilizar margens de preferência mínimas (entre 0,03% e 0,31%).

2.10 – Resultados esperados com o uso da margem de preferência

Nada obstante o êxito alcançado pela política na seleção dos fornecedores de bens e serviços produzidos localmente em face dos fornecedores de bens e serviços produzidos no estrangeiro não nos é possível asseverar, em razão dos poucos dados disponíveis, se o impacto da política de concessão de margens de preferência tem sido capaz de proporcionar os esperados efeitos positivos sobre a cadeia de produção das indústrias favorecidas.

Embora o §6º, do art. 3º, da Lei n. 8.666/1993 traga expressa determinação de que a revisão das margens já estabelecidas seja realizada com base em estudos que levem em consideração os resultados alcançados com a geração de emprego e renda; o efeito na arrecadação de tributos; o desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; e o custo adicional dos produtos e serviços contratados, esses dados ainda não se encontram disponíveis ao público. O que existe de real são dados estimativos quantificados por entidades contratadas mediante a utilização de modelos econométricos do tipo ¹⁴insumo-produto.

¹⁴ A matriz de insumo-produto apresenta as relações entre os setores da economia ao registrar os fluxos de bens e serviços e demonstrar as relações intersetoriais dentro do sistema econômico de um país ou estado. Pode ser utilizada para estimar o impacto sobre a produção, emprego e renda das atividades econômicas, de projetos governamentais, do setor privado sobre a economia local e nacional.

De acordo com dados estimados pela ABDI com o uso da metodologia da matriz insumo-produto as compras públicas realizadas com a aplicação de margens de preferência tem o potencial de aumentar a produção total da economia (PIB) entre aproximadamente R\$ 4,4 bilhões (¹⁵modelo aberto) e R\$ 6,3 bilhões (modelo fechado), com reflexos sobre o valor adicionado da produção, a renda, as importações e a arrecadação de tributos (ICMS e IPI).

TABELA 4: Efeitos estimados das compras públicas com a aplicação de margens de preferência sobre o valor adicionado da produção, renda, importações e tributos (modelo I-P aberto e modelo I-P fechado)

Indicador	R\$ milhões	
	Modelo I-P Aberto	Modelo I-P Fechado
Produção	4.392,96	6.299,91
Valor Adicionado	1.537,12	2.875,20
Renda	763,24	982,78
Importações	347,50	417,5
Arrecadação ICMS	91,57	154,25
Arrecadação IPI	33,49	41,79

Fonte: ABDI, 2012.

Além disso estima-se que as compras com o uso de margem de preferência possibilitem a geração de 42,7 a 72,5 mil novos postos de trabalho.

TABELA 5: Efeitos estimados das compras públicas com a aplicação de margens de preferência (emprego)

Indicador	Modelo I-P Aberto	Modelo I-P Fechado
Ocupações (mil pessoas)	42,7	72,5

Fonte: ABDI, 2012.

O efeito multiplicador esperado dos gastos realizados com a utilização da margem de preferência sobre o emprego é de 3 a 5 empregos indiretos para cada emprego gerado diretamente pelas compras efetuadas, e que para cada R\$ 1,00 de renda gerada pelas compras públicas, serão gerados de R\$ 1,9 a R\$ 2,5 na economia.

TABELA 6: Efeitos estimados das compras públicas com a aplicação de margens de preferência (multiplicadores de gasto)

Indicador	Modelo I-P Aberto	Modelo I-P Fechado
Geração de emprego na economia para cada emprego no	2,8	4,8

¹⁵ No modelo aberto os efeitos diretos e indiretos são considerados e no modelo fechado os efeitos diretos, indiretos e induzidos são considerados. Importante ressaltar que os valores para o modelo fechado são sempre superiores aos do modelo aberto por aquele considerar os efeitos induzidos.

setor		
Geração de renda para cada R\$ 1 gerado no setor	1,9	2,5

Fonte: ABDI, 2012.

Esses números geram a expectativa de um impacto expressivo na economia brasileira, se considerarmos que entre janeiro e dezembro de 2014, somente no Governo Federal, foram gastos R\$ 62,1 bilhões na aquisição de bens e serviços, consoante dados da SLTI/MP¹⁶.

2.11 – Resultados econômicos alcançados com o uso da margem de preferência

No tocante à indústria, a despeito dos efeitos esperados, a implementação da política, não foi capaz ainda de alterar o processo de ¹⁷desindustrialização que acomete o país desde os anos 1990 (BONELLI, PESSOA e MATOS, 2013).

Como é possível observar dos dados colacionados pelo IBGE, a participação da indústria de manufaturas em relação ao PIB tem decrescido consistentemente ano após ano, mesmo no período seguinte à implementação da política.

TABELA 7: Participação percentual da ¹⁸indústria em relação ao pib – valores correntes

			R\$ milhões
Ano	Indústria	PIB	Indústria/PIB em %
2004	297.278	1.958.705	15,18
2005	321.464	2.171.736	14,80
2006	341.334	2.409.803	14,16
2007	384.531	2.718.032	14,15
2008	435.808	3.107.531	14,02
2009	436.879	3.328.174	13,13
2010	494.352	3.886.835	12,72
2011	515.704	4.374.765	11,79
2012	471.707	4.713.096	10,01
2013	506.071	5.157.569	9,81
2014	514.920	5.521.256	9,33

Fonte: IBGE, Contas Nacionais Trimestrais

¹⁶ Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br>>. Acesso em: 20/3/2015.

¹⁷ Desindustrialização é o processo que provoca a reversão do crescimento e da participação da indústria na produção e na geração de empregos. Em um conceito mais abrangente a desindustrialização é caracterizada como uma situação na qual tanto o emprego industrial como o valor adicionado da indústria se reduzem como proporção do emprego total e do PIB, respectivamente.

¹⁸ Por indústria entenda-se a indústria de transformação (produção de manufaturas).

O quadro de desindustrialização verificado no país se faz refletir em sua participação na balança comercial brasileira, especificamente na pauta de exportações, a qual também tem verificado um decréscimo da participação de produtos industrializados nos últimos anos, o que é péssimo para a contabilidade nacional, já que por possuírem maior valor agregado os produtos industrializados favorecem a apuração de *superávit*¹⁹ e, conseqüentemente, o acúmulo de reservas internacionais em moeda estrangeira, indispensáveis para a quitação dos compromissos do País com outras nações.

TABELA 8: Participação percentual de produtos industrializados nas exportações brasileiras

Produção	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
P.IND./Total	54,3%	52,3%	60,5%	57,4%	55,7%	50,0%	51,0%	51,0%

Fonte: MDIC, Balança Comercial Brasileira – Dados Consolidados, Anos de 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013.

Em relação ao panorama geral da balança comercial melhor sorte não se verifica, haja vista o quadro contínuo de deterioração do saldo comercial até a situação de *déficit* verificada em 2014.

TABELA 9: Balança comercial brasileira

Despesa	US\$ bilhões				
	2010	2011	2012	2013	2014
Exportações	137,5	256,0	242,6	242,2	225,1
Importações	91,4	226,2	223,1	239,6	229,0
Saldo	46,1	29,8	19,4	2,6	-3,9

Fonte: MDIC, Balança Comercial Brasileira – Dados Consolidados, Anos de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

De igual modo, consoante dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), não se observam ganhos com a política referente à melhoria dos níveis de emprego no país. Consoante os dados de emprego apresentados na tabela a seguir o saldo de postos de trabalho também tem revelado uma trajetória descendente, visto que o número de empregados desligados tem crescido proporcionalmente mais do que o número de empregados admitidos desde o início de implementação da política.

QUADRO 4: Evolução do emprego no Brasil

Ano	Fluxo	Quantidade	Saldo
2010	Admitidos	20.427.478	2.555.421

¹⁹ Diferença a mais entre receitas (exportações) e despesas (importações); saldo positivo (Dicionário Aurélio).

	Desligados	17.872.057	
2011	Admitidos	21.780.011	1.966.449
	Desligados	19.813.562	
2012	Admitidos	21.743.957	1.315.577
	Desligados	20.428.380	
2013	Admitidos	22.092.164	1.117.171
	Desligados	20.974.993	
2014	Admitidos	21.667.730	396.993
	Desligados	21.270.737	

Fonte: MTE, Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) – Lei 4923/1965.

No que se refere à arrecadação tributária, percebe-se que houve melhoria na arrecadação bruta dos tributos federais nos anos em que a política de concessão de preferências tem vigorado.

TABELA 10: Arrecadação bruta de receitas federais (regime de competência)

		R\$ milhões
Ano	Valor	
2010		1.611.416
2011		1.939.815
2012		2.058.519
2013		2.276.651
2014		2.375.902

Fonte: Secretaria da Receita Federal/BACEN

Entretanto, é possível que o incremento de arrecadação observado nos últimos cinco anos possa estar relacionado com a elevação da carga tributária verificada no período correspondente e não com os esperados efeitos benéficos de implementação da política.

TABELA 11: Carga tributária bruta de receitas federais

Ano	Valor	% PIB
2010		23,1%
2011		24,7%
2012		24,8%
2013		24,8%

Fonte: Secretaria da Receita Federal/BACEN

Quanto à dinâmica inovativa, dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), relativos ao primeiro trimestre de 2014, informam uma manutenção da tendência de recuperação da indústria brasileira, acompanhada por uma expansão moderada da atividade econômica e da produção industrial. Tal resultado se deve, consoante o documento, principalmente ao crescimento do lançamento de produtos novos para a empresa, mas já existentes no mercado nacional, e particularmente entre empresas com departamentos de P&D formalizados. Considerando-se os valores registrados no INPI, verifica-se que, após um declínio no número de registros em 2009, provavelmente em razão dos efeitos da crise

econômica de 2008, ocorreu uma melhora consistente, e contínua, desde 2010, no número de patentes registradas.

TABELA 12: Pedidos de ²⁰patentes depositados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)

Ano	Quantidade
2008	26.641
2009	25.885
2010	28.099
2011	31.881
2012	33.569
2013	34.050

Fonte: Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Assessoria de Assuntos Econômicos, Base de Dados Estatísticos de Propriedade Intelectual – BANDEPI, Sistema de Protocolo Autorizado Geral - PAG

O avanço observado nos últimos anos na dinâmica inovativa, entretanto, não se mostrou forte o suficiente para imprimir ganhos em relação à competitividade do país no cenário global. Consoante dados publicados pelo *International Institute for Management Development* (IMD), o Brasil, nos últimos 5 anos, caiu em um ranking de 60 países da 46^a posição para a 54^a posição. De acordo com o IMD, fundamental para que o país se encontre nessa posição são os gargalos em educação, infraestrutura e a necessidade de reformas, como a tributária.

TABELA 13: Índice da competitividade global de 60 países – posição do Brasil

Ano	Posição
2010	38
2011	44
2012	46
2013	51
2014	54

Fonte: Institute for Management Development (IMD). Disponível em: <http://www.imd.org>. Acesso em: 13/5/2015.

Haja vista o baixo nível de utilização do instituto nas compras governamentais realizadas pelo Governo brasileiro - apenas 1285 processos de compra em um universo de 196.900 processos de compras realizados em 2014 - não é possível descrever ainda se os objetivos da política estão ou não sendo alcançados.

²⁰ A patente é o título legal que documenta e legitima, temporariamente, o direito do titular de uma invenção ou de um modelo de utilidade. Ela visa tanto às criações novas como ao aperfeiçoamento das criações existentes (Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 18/4/2015).

É possível asseverar, entretanto, a sua utilidade como instrumento de fomento ao desenvolvimento. Conforme visto em tópico precedente, uma estratégia consistente de desenvolvimento sustentado há de contemplar, inevitavelmente, a dinamização do parque produtivo nacional rumo à inovação.

No que toca a esse aspecto, e considerando que a promoção do desenvolvimento sustentável há de se realizar pelo favorecimento à indústria nacional e a instalação no País de cadeias produtivas intensivas em tecnologia, percebe-se, em razão da baixa utilização do instituto nos processos de compras governamentais, que há ainda amplo espaço de melhoria desses indicadores no País.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO TCU SOBRE MARGEM DE PREFERÊNCIA E OS SEUS REFLEXOS SOBRE O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

O Tribunal de Contas da União (TCU) é um órgão colegiado, composto por nove ministros, quadro próprio de pessoal, com sede no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional, que tem a função primordial de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais e as contas de qualquer pessoa, física ou jurídica, que ocasionar perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Nos termos da Carta da República (art. 71), encontra-se sob a jurisdição do TCU qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie, aplique ou administre dinheiros, bens e valores públicos federais ou pelos quais a União responda. Igualmente se submete quem, em nome da União, assuma obrigações de natureza pecuniária, bem como aqueles que ocasionarem perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário.

A jurisdição do Tribunal abrange também os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviços de interesse público ou social, a exemplo das entidades componentes do sistema “S”; os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a Estado da Federação, ao Distrito Federal ou a município, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, bem como todos aqueles que lhes devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização, por expressa disposição de lei.

Além disso, consoante a Lei n. 8443/1992 (Lei Orgânica do TCU), a jurisdição do Tribunal abrange ainda os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal; os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; os sucessores dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, até o limite do valor do patrimônio

transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, e os representantes da União ou do Poder Público na assembleia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos conselhos fiscal e de administração, pela prática de atos de gestão ruínosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

Verifica-se assim ser ampla a esfera de atuação do TCU, o que legitima o uso do brocardo “onde o recurso é federal, possui jurisdição o Tribunal”.

3.1 – Atribuições do TCU

As atribuições constitucionais privativas do TCU estão estabelecidas nos artigos 33, § 2º, 70, 71, 72, § 1º, 74, § 2º, e 161, parágrafo único, da Constituição Federal.

No exercício dessas várias atribuições, o TCU executa diversas competências – poderes instrumentais ao seu desempenho -, quais sejam: competência opinativa, competência judicante, competência consultiva, competência informativa, competência sancionadora, competência corretiva e competência regulamentar.

Vale esclarecer que os Tribunais de Contas, embora possuam competência judicante, não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. Essa função é exclusiva do Poder Judiciário (BRITTO, 2005). Todavia, a jurisdição administrativa, de competência privativa da Corte de Contas, possibilita o exercício, pelo Tribunal, de uma ação pedagógica que pode ser vista como indutora e catalisadora de mudanças nas práticas correntemente adotadas pelos gestores públicos.

Nos últimos tempos, aliás, o Tribunal tem pautado sua atuação não somente pela dimensão fiscalizadora, mas principalmente pela dimensão pedagógica, com a oferta de capacitações a gestores públicos, a realização de ²¹auditorias de natureza operacional e de ações voltadas para a melhoria da governança da administração pública. A convicção

²¹ Auditoria de desempenho operacional está voltada para o exame da ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia e tem como foco principal os seguintes aspectos: como os órgãos e entidades públicas adquirem, protegem e utilizam seus recursos; as causas de práticas antieconômicas e ineficientes; o cumprimento das metas previstas; e a obediência aos dispositivos legais aplicáveis aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia da gestão (Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 25/5/2015).

existente no âmbito da Corte de Contas é de que a atuação preventiva/capacitante rende melhores frutos do que a atuação repressiva/sancionadora.

Tomando em conta essa orientação, merece ser destacada a prerrogativa conferida ao Tribunal de Contas para expedir atos normativos sobre matérias de sua competência e sobre a organização dos processos que lhes devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento aqueles que lhe estão jurisdicionados, sob pena de responsabilidade, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.443/1992.

Essa atuação regulamentar, juntamente com as orientações jurisprudenciais advindas dos acórdãos do TCU, pode ajudar a promover mudanças de rumo importantes na atuação dos gestores, principalmente com relação à consolidação da cultura da sustentabilidade nas aquisições públicas.

Embora, como visto, os julgados dos Tribunais de Contas não tenham os mesmos atributos das decisões judiciais, a exemplo da irretratabilidade própria das decisões judiciais com trânsito em julgado²², possuem força executória em relação ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público.

Desse modo, de acordo com a Súmula TCU 222, de 8/12/1994, “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

3.2 - O TCU e o tema Sustentabilidade

No TCU, os primeiros julgados do Tribunal a mencionar o tema sustentabilidade datam do ano de 1996. Com o passar do tempo, e a afirmação do conceito no ambiente

²² A esse propósito, Carlos Ayres Britto (2005) defende que as decisões dos Tribunais de Contas possuem a força ou a irretratabilidade própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, porque aí prevalece a norma constitucional (art. 102, inciso I, alínea d).

institucional, a atuação judicante do Tribunal sofreu maior incremento, alcançando valores mais significativos a partir de 2012.

TABELA 14: Quantitativo de julgados do TCU por ano de referência que mencionam o tema sustentabilidade

Ano	Número de Acórdãos/Decisões
2015	12
2014	52
2013	42
2012	20
2011	03
2010	04
2009	03
2008	01
2007	01
2003	01
2002	01
1996	01
Total	141

Fonte: TCU, e-TCU (9/3/2015)

No início, tal situação se verificava porque até a década de 1980 o tema desenvolvimento sustentável não integrava ainda, de forma explícita, os normativos vigentes no país. Nesse período, o único ato normativo nacional que trazia alguma referência à promoção do desenvolvimento era a Lei n. 4504/1964 (Estatuto da Terra), que, porém, limitava sua abordagem à dimensão econômico-social:

Art. 16. A Reforma Agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do País, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Ou seja, nessa época não havia ainda uma preocupação com a dimensão ambiental no que concerne ao desenvolvimento, visto que este era pensado somente em termos econômicos e sociais, embora, já nesse época, alguns relatórios de pesquisa²³, elaborados a partir da ação de grupos de trabalho e da realização de reuniões internacionais²⁴, tentassem introduzir a variável no debate.

Somente com a promulgação da Constituição Federal em 1988, e a inserção de um

²³ The Limits to Growth (1972), elaborado por uma equipe de estudiosos do Massachusetts Institute of Technology (MIT) contratado pelo Clube de Roma e Our Common Future (1987), elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU.

²⁴ Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente em Estocolmo (1972)

capítulo específico sobre meio ambiente combinado com artigos relacionados à promoção do desenvolvimento nacional (art. 3º, II; art. 170, VI; 174 e 225), e a realização pela ONU da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, reafirmando os princípios da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 1972, e da Carta da Terra, proposta em 1987 pela Comissão Brundtland, é que o tema desenvolvimento sustentável entra definitivamente na agenda nacional.

Aliás, durante a Conferência no Rio foram elaborados diversos documentos tratando do tema: Convenção sobre Diversidade Biológica, Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação, Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, Declaração de Princípios sobre Florestas, Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento e a Agenda 21.

O Brasil, como país sede do evento, participou ativamente da discussão e elaboração dos documentos produzidos durante a Conferência, firmando compromissos em relação ao seu conteúdo.

De efeito prático, o conteúdo principiológico dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil acabaram por influenciar o Estado brasileiro na implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável. Assim, a partir de 2009, com o propósito de dar efetividade a esses compromissos, o Brasil aprovou diversos normativos que direta ou indiretamente estabeleciam a necessidade de buscar a promoção do tema no País, tais como: a Lei n. 12.187/2009, sobre a política nacional de mudança do clima; a Lei n. 12.305/2010, sobre a política nacional de resíduos sólidos, e, por fim, a Lei n. 12.349/2010, que alterou a Lei n. 8.666/1993, a fim de dotar a legislação de compras do instrumental necessário para utilização do uso do poder de compra do Estado como meio de implementação do desenvolvimento nacional sustentável.

Além disso, aprovou, também, nos anos de 2010 e 2012, atos infralegais, a exemplo das Instruções Normativas SLTI/MP 1/2010 e 10/2012, indutores do uso de elementos indispensáveis à afirmação do conceito, como a adoção de critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela

Administração Pública Federal direta, indireta, autárquica e fundacional e a elaboração de planos de logística sustentável.

Haja vista as mudanças ocorridas no quadro normativo brasileiro e mundial o TCU, por sua vez, não se mostrou alheio ao paradigma em evolução. A partir da realização da Conferência da ONU, no Rio de Janeiro, e a alteração do quadro legislativo vigente, a atuação da Corte de Contas passou a demonstrar um comportamento mais proativo, seja na dimensão administrativa, seja na dimensão de controle externo.

Na dimensão administrativa, sobressaem no período como principais ações voltadas à busca do desenvolvimento nacional sustentável a criação, em 2005, do projeto “Estratégia de Desenvolvimento Sustentável no TCU”, plano de ação interno voltado à impulsão do desenvolvimento sustentável nas atividades rotineiras da administração do Tribunal, e, em 2007, do projeto “TCU Ecologicamente correto”, com o escopo de integrar os conceitos de sustentabilidade ao funcionamento do Tribunal.

Mais recentemente, como medida de destaque, merece ser ressaltada a aprovação, pelo Tribunal, da Resolução TCU 268/2015, que instituiu a “Política Institucional de Sustentabilidade do Tribunal de Contas da União”, que visa, entre outros objetivos, nortear as ações institucionais quanto à promoção do desenvolvimento sustentável.

De acordo com o voto do relator do processo que culminou na aprovação da Resolução, Ministro Vital do Rêgo: “ao cobrar ações efetivas dos órgãos e entidades jurisdicionados, com vistas ao aumento da sustentabilidade e eficiência do uso dos recursos naturais, o TCU não deixou de olhar para si mesmo, e orientou a ²⁵Segedam a também adotar medidas pertinentes”. O Tribunal age desse modo porque a atuação dele, em sua expressão administrativa, também é importante para os clientes auditados, pois eles tendem a adotar os processos do Tribunal como referenciais (*benchmarks*).

Na dimensão do controle externo, como visto em parágrafo precedente, as primeiras ações do TCU em relação ao tema sustentabilidade datam de 1996. Nessa época, além da expedição das primeiras orientações quanto ao tema nos seus julgados, o Tribunal

²⁵ Segedam = Secretaria-Geral de Administração, órgão da estrutura organizacional do TCU responsável pelo exercício das atividades meio do órgão.

deu início à implementação de um projeto de desenvolvimento da fiscalização ambiental vinculado à antiga Secretaria de Auditorias e Inspeções – SAUDI, que motivou, no ano de 1998, a criação da “Estratégia de controle da gestão ambiental”, voltada para o disciplinamento da inclusão do aspecto ambiental na fiscalização de políticas e programas de governo, e, em 2001, à aprovação do Manual de Auditoria Ambiental do TCU.

Concomitantemente à busca da padronização de seus procedimentos, o TCU também buscou organizar sua estrutura fiscalizatória. Desse modo, em 2000, com o fito de fazer frente às demandas específicas da legislação ambiental, que requeria especialização, foi criada uma diretoria dedicada ao assunto vinculada à Secretaria de Obras (Secob), que posteriormente, em 2005, foi transformada no Serviço de Controle da Gestão Ambiental e, mais recentemente, em 2012, convertida na Secretaria de Controle Externo da Agricultura e Meio Ambiente (Secex_Ambiental). Também merece destaque a criação, em 2012, da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), unidade especializada do Tribunal no controle dos certames e contratações que envolvam a aquisição de bens ou serviços instrumentais à atividade fim dos órgãos e entidades da Administração Pública federal.

3.3 – Análise dos Acórdãos do TCU sobre Margem de Preferência

Embora até o advento da Lei n. 12.349/2010, que alterou o art. 3º da Lei n. 8.666/1993, o desenvolvimento nacional sustentável não integrasse explicitamente o quadro normativo da legislação brasileira, é certo que ele já o compunha, seja em razão de disposições contidas em legislações esparsas (Leis n. 6.938/1981, 10.257/2001, 12.187/2009, 12.305/2010), seja em razão de compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil em prol da sustentabilidade global (Declaração sobre o direito ao desenvolvimento, Agenda 21 e Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima).

Assim, desde 1996, em grau variável, o TCU vem expedindo orientações aos gestores governamentais sobre o assunto. Entretanto, é somente a partir de 2012, já sob a vigência do novo marco normativo sob sustentabilidade, representado pela edição das Leis n. 12.187/2009, 12.305/2010, 12.349/2010 e INs SLTI 1/2010 e 10/2012, e a especialização administrativa do Tribunal, que as decisões do TCU considerando o tema começam a ganhar significado.

Na pesquisa de jurisprudência realizada no sítio do TCU na internet, encontramos, desde 2011 até agora, 92 decisões em que o Tribunal, de forma direta ou indireta, faz referência ao tema “desenvolvimento nacional sustentável”.

TABELA 15: Quantitativo de julgados do TCU por ano de referência que mencionam o tema “desenvolvimento nacional sustentável”

Ano	Número de Acórdãos/Decisões
2015 ²⁶	17
2014	09
2013	32
2012	25
2011	09
Total	92

Fonte: e-TCU

Desse universo, poucos são os que fazem referência explícita à utilização do instituto da margem de preferência. Nada obstante a pequena quantidade de julgados quanto ao tema, colacionamos da amostra selecionada 3 (três) acórdãos por nós considerados como os mais relevantes para efeito da avaliação que se pretende imprimir: Acórdãos TCU 693/2011, 2241/2011 e 1317/2013, todos do Plenário.

3.3.1 - Acórdão 693/2011-TCU-Plenário, de 23/3/2011:

O primeiro julgado da Corte conjugando os temas margem de preferência e desenvolvimento nacional sustentável data do ano de 2011. Na oportunidade, ao apreciar o processo TC 003.320/2011-1, de Denúncia, interposto junto ao Tribunal por empresa licitante em vista de supostas irregularidades cometidas pelo Departamento de Logística e Serviços Gerais - DLSG, vinculado à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP), a Corte manifestou-se, no âmbito do Acórdão 693/2011-TCU-Plenário, de 23/3/2011 (Relação 8/2011, Min.Ubiratan Aguiar), pela improcedência da denúncia.

Na peça encaminhada ao TCU o denunciante relatava que havia protocolizado, junto ao DLSG/SLTI, solicitação para que a Administração Pública, através do sistema Comprasnet (atual Compras Governamentais), incluísse em seus procedimentos a previsão de

²⁶ Julgados pesquisados até 31/5/2015

preferência para a contratação de empresas, produtos e serviços de origem nacional, tendo em vista o disposto na MP n. 495/2010, posteriormente convertida na Lei n. 12.349, de 15/12/2010, e que em resposta o órgão limitou-se a informar que o sistema não estava adaptado para atender a nova legislação, razão pela qual aconselhava aos órgãos licitantes a darem concretude ao disposto na legislação mediante o registro de tais benefícios no edital, aplicando-os manualmente e inserindo-os na ata da sessão pública disponibilizada à sociedade no sítio do Comprasnet.

Irresignado com a resposta do DSLG/SLTI o denunciante recorreu ao Tribunal para que este se manifestasse quanto ao fato de “se o Portal de Compras deve ou não impor aos seus pares, demais órgãos que se utilizam do sistema de compras, a obrigatoriedade de atenderem as disposições legais que definem as margens de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras”.

Ao apreciar a questão, o Tribunal acolheu posicionamento da área técnica no sentido de que o vocábulo “poderá”, presente na redação do §5º do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, alterada pela Lei n. 12.349/2010, confere ao gestor discricionariedade para utilizar ou não a margem de preferência na seleção de produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras em suas contratações.

Assim, uma vez que tal previsão é discricionária e deve estar de acordo com os interesses do órgão licitante, o Tribunal não vislumbrou a possibilidade de exigir da unidade que administra o sistema de compras que imponha ao restante da Administração Pública a obrigatoriedade de uso da margem de preferência.

Além disso, deixou assente que a aplicação da lei, quando desejável, não poderia ser realizada de imediato, visto que, nos termos do §8º do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, careceria de definição do Poder Executivo Federal o estabelecimento dos percentuais de margem de preferência aplicáveis a cada produto/serviço a ser licitado.

Comentário:

Na decisão proferida por meio do Acórdão 693/2011-TCU-Plenário o TCU tangenciou a questão principal trazida à sua apreciação pelo denunciante, qual seja,

determinar ao órgão responsável pelo gerenciamento do sistema Comprasnet a sua atualização, de forma a deixá-lo apto à inserção das preferências legais trazidas à baila pela Lei n. 12.349/2010.

Nesse acórdão, a Corte de Contas perdeu a oportunidade de, já em 2011, cobrar a instrumentalização da aplicação da política, sob o argumento de que a utilização ou não da margem de preferência seria discricionariedade do gestor, não cabendo ao Tribunal exigir do DLSG/SLTI, que impusesse ao restante da Administração Pública federal a obrigatoriedade de seu uso.

Ocorre que o solicitado nos autos não era a imposição da margem de preferência, mas a instrumentalização do sistema, o que somente viria a ocorrer em 13/12/2011, mediante a definição do protocolo a seguir:

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-MP, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI e do Departamento de Logística e Serviços Gerais – DLSG, viabilizou a aplicabilidade do referido decreto a partir do dia 13 de dezembro de 2011, nos seguintes módulos do sistema SIASG:

1 – Divulgação de Compras:

UASG: Na inclusão do aviso de licitação/item o módulo disponibiliza campo “UTILIZAR MARGEM DE PREFERÊNCIA” para que a unidade licitatória marque se o item possui a aplicabilidade da margem de preferência. Marcando o campo “UTILIZAR MARGEM DE PREFERÊNCIA” o módulo divulgação de compras irá disponibilizar campo “MARGEM DE PREFERÊNCIA” para que seja registrado o percentual da margem definido a cada decreto.

[...]

Certo estava que, no período, não havia ainda decreto regulamentando os percentuais aplicáveis de margem de preferência por produto ou serviço; entretanto, esse fato não obstaculizava a realização de eventual determinação no sentido de que o órgão gestor do sistema o instrumentalizasse ou, alternativamente, elaborasse plano de ação com vistas a estabelecer, no menor espaço de tempo possível, a estruturação do sistema de forma a guardar correspondência com a legislação vigente.

Atualmente, para que não ocorra um descompasso entre a instituição da política e a sua real implementação, os últimos decretos instituidores da margem de preferência para produtos e serviços produzidos nacionalmente (Decreto 8185/2014, art. 5º; Decreto

8186/2014, art. 5º; Decreto 8224/2014, art. 6º) trazem observação no sentido de que enquanto o Portal de Compras do Governo Federal não estiver adaptado para o disposto no regulamento, o instrumento convocatório deverá suprir a insuficiência do sistema, observando sempre o disposto no Decreto instituidor.

3.3.2 - Acórdão 2241/2011-TCU-Plenário, de 24/8/2011:

Após esse primeiro pronunciamento sobre a obrigatoriedade ou não do uso do instituto da margem de preferência nos certames licitatórios conduzidos pela Administração Pública, o Tribunal examinou, no bojo do TC 002.481/2011-1, de Representação, a existência de possível irregularidade no edital do Pregão Eletrônico n. 1/2011, do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), que tinha por objeto a aquisição de máquinas escavadeiras destinadas aos municípios brasileiros para a recuperação de estradas vicinais.

A suposta irregularidade consistia na exigência, fundada no princípio do desenvolvimento nacional sustentável, de que o objeto licitado fosse de “fabricação nacional”, o que segundo a empresa representante seria vedado por lei (art. 3º, §1º, incisos I e II) e ofenderia à isonomia, à ampla competitividade e a busca da proposta mais vantajosa no certame.

Para melhor compreensão do fator de *discrímen* utilizado, a Corte determinou a oitiva do Ministério para que esse se manifestasse sobre os fatos alegados na representação apresentada ao TCU. Em atendimento à oitiva, o MDA declarou que:

[...]

23. A argumentação trazida a lume no caso dos autos é focada exclusivamente na alteração promovida no *caput do art. 3º da lei n. 8.666/93*, para o planejamento e execução das licitações, pois essas têm por finalidade, a partir de agora, a também promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

[...]

31. Contudo, a norma não indica as formas ou os meios que a Administração poderá usar para concretizar os atos administrativos voltados para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas aquisições públicas.

32. Assim, com o uso do seu poder discricionário, no planejamento da licitação para atendimento da demanda efetivamente existente, a Administração definirá os critérios a serem adotados para preservar a isonomia, garantir a obtenção da melhor proposta e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

33. O edital da licitação será o instrumento que definirá o objeto, regulará todo o procedimento do certame e materializará os critérios adotados para a preservação do

interesse público, sendo, portanto, o instrumento ideal para a atuação casuística da Administração.

34. Em sendo assim, para a aplicação do comando legal do *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/93 não se faz necessária a existência de regulamentação específica, pois a Administração deverá observar os objetivos atribuídos para a licitação quando da elaboração das cláusulas dos editais para aquisição de bens e serviços.

Em análise de mérito dos argumentos aduzidos pelo MDA, a Unidade Técnica responsável pela análise do feito concluiu que as alterações promovidas pela Lei n. 12.349/2010 à Lei de Licitações não respaldavam a restrição contida no edital em análise, pelo qual propôs-se a anulação do Pregão 1/2011 do MDA e o alerta do Ministério quanto à irregularidade constatada.

Para chegar a essa conclusão, a Unidade Técnica fundou-se na consideração de que os princípios dispostos no *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 são norteadores das licitações públicas e não possibilitam a propositura de restrições explícitas e pontuais ao caráter competitivo do certame em análise, uma vez que tal restrição deveria estar explícita na lei ou regulamentada em dispositivo próprio; que não cabe ao gestor, com base em seu poder discricionário, e utilizando-se do edital de licitação, a definição dos critérios a serem adotados em cada licitação, com vistas a promover o desenvolvimento nacional sustentável, uma vez que a Lei não estabeleceu tal discricionariedade e que a Lei n. 12.349/2010 incluiu o §12 ao art. 3º da Lei n. 8.666/1993 que, de forma expressa, delimita os casos em que são permitidas restrições a produtos importados em licitações nacionais, e que estes não se aplicavam ao caso concreto analisado, entendendo-se, por conseguinte, que o gestor não pode criar restrição onde a própria lei não criou.

Dada a relevância da matéria, em especial atinente à discussão que se estabeleceu em torno da possibilidade de o princípio da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” servir de fundamento jurídico para amparar cláusula editalícia restritiva à participação de fornecedores, o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, em parecer exarado nos autos, destacou que, a seu ver, a exigência contida no edital no sentido de que o produto fosse de fabricação nacional não atentou contra a competitividade do certame, bem como encontrava assento no princípio do “desenvolvimento nacional sustentável”.

Para o membro do *Parquet* junto ao TCU sobressaiam dos autos razões de ordem técnica que o faziam acreditar que a restrição constante do Pregão Eletrônico n. 1/2011 - MDA não representou “circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”, na medida em que as justificativas carreadas aos autos demonstravam que o sistema de logística requerido para a assistência técnica e manutenção dos equipamentos (de responsabilidade dos próprios municípios beneficiados) estaria a exigir a fabricação nacional do produto.

O relator do processo, Ministro-substituto André Luís de Carvalho, também divergiu do posicionamento da Unidade Técnica, manifestando anuência à tese trazida pelo MDA de que para a aplicação da nova finalidade licitatória não se faz necessária regulamentação específica, bem assim que ela deve ser observada não só pela administração pública, mas também pelos órgãos de controle financeiro, em respeito ao art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942 com nova redação dada pela Lei n. 12.376/2010).

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ademais, entendeu que a regra do edital encontraria guarida tanto no art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, alterado pela Lei n. 12.349/2010, como no inciso I do § 1º do mesmo artigo.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes **ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifos nossos)

Em relação ao primeiro fundamento, o Relator entendeu que a nova disposição do art. 3º da Lei de Licitações seria²⁷ autoaplicável por se tratar de disposição legal finalística. Nesse contexto, defendeu que apenas a margem de preferência mencionada nos §§5º ao 12º do artigo estaria carecendo de regulamentação e que a referida margem seria apenas uma das opções para promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Para o relator, a margem de preferência estipulada no §5º não esgota todas as opções possíveis para a consecução dessa mais nova finalidade da licitação pública, qual seja, a da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Tais opções envolvem desde requisitos cuja observância pode ser exigida das empresas na produção de bens ou prestação de serviços a serem adquiridos pelo Estado (aspectos relativos à sustentabilidade ambiental, também amparados pela Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, como nas licitações verdes ou sustentáveis), passando pela priorização para bens fabricados no Brasil (sustentabilidade econômica, como no caso destes autos), indo até a fixação de margem de preferência para produtos manufaturados produzidos no País, entre outras ações, desde que, é claro, a exigência fique devidamente justificada no respectivo processo de licitação.

Assim, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, tal qual previsto na Lei de Licitações, necessariamente perpassará aspectos relativos ao desenvolvimento econômico, equidade social e proteção ao meio ambiente.

Quanto ao segundo fundamento, defendeu que a opção por produtos de fabricação nacional seria pertinente ante a possibilidade de esses produtos oferecerem condições de infraestrutura logística (p. ex. transporte, entrega, assistência e suprimentos) capazes de dar atendimento com maior tempestividade e eficiência à ação governamental a que se destinam as máquinas - o PAC 2 -, razão pela qual não estaria baseada em circunstância impertinente ou irrelevante e, assim, não estaria infringindo a vedação ao estabelecimento de preferência contida no art. 3º, §1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93.

Assinalou o relator que o TCU, por meio do Acórdão 445/2008-TCU-Plenário, fez consignar que “não há de se considerar descabida a exigência relativa às especificações do objeto da licitação que não extrapola os limites do razoável, e que, assim, insere-se no âmbito

²⁷ Normas autoaplicáveis são normas que produzem efeitos sobre o ordenamento desde a sua vigência, prescindindo, para sua aplicação, de integração legislativa, a fim de que lhe seja dada plena eficácia.

da discricionariedade da Administração”. Destacou ainda que, nas várias ocasiões em que se deparou com esse tipo de especificação do objeto (exigência de fabricação nacional), o TCU deixou de efetuar – na maioria das vezes – grandes questionamentos sobre o fato, denotando que as situações concretas envolvidas podem justificar a opção adotada (citem-se, em especial: as Decisões 813/1998, 497/2000 e 1.253/2002 e os Acórdãos 401/2006 e 1553/2008, todos do Plenário, além dos Acórdãos 400/1997 e 2974/2005, ambos da 1ª Câmara, e 410/2008, da 2ª Câmara).

Em síntese, o Relator considerou que a exigência editalícia pode encontrar guarida tanto na nova redação atribuída ao *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666, de 1993, quanto no inciso I do §1º do mesmo artigo; os dispositivos que carecem de regulamentação, explicitada no próprio corpo da lei, são os §§5º a 12 do art. 3º e que não carece de regulamentação para ser aplicado o disposto no *caput* desse artigo 3º, mesmo porque ele traz uma regra finalística; a cláusula editalícia atacada também não contraria a disposição consignada no inciso I do §1º do art. 3º da Lei n. 8.666, de 1993, uma vez que não representa exigência impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; e não houve inobservância do §1º do inciso II do mesmo artigo 3º da Lei n. 8.666/1993 (exigência de que a fabricação seja no Brasil), já que, em função das características do objeto contratado, não se vislumbra tratamento diferenciado para as empresas brasileiras, mesmo porque qualquer empresa estrangeira poderia participar do certame, desde que em efetivo funcionamento no País, no caso de se sagrar vencedora do pregão.

Em voto-revisor, contudo, o Ministro-substituto Augusto Sherman divergiu do posicionamento encaminhado pelo relator, e endossado pelo Ministério Público junto ao Tribunal, arguindo que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, conforme preceituado no art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, se trata de disposição finalística, mas não se afigura autoaplicável, visto que consiste em princípio desprovido da descrição das condutas que deverão ser adotadas para atingir esse objetivo.

No seu entendimento, as condutas preferenciais que concretizam a promoção do desenvolvimento nacional sustentável estão definidas nos §§5º a 12 do art. 3º da Lei n. 8.666/1993; no art. 3º da Lei n. 8.248/1991 e nos arts. 44, 47 e 48 da LC n. 123/2006.

De acordo com o Ministro-revisor, a fim de cumprir o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, o gestor, nos editais de licitação, somente poderá lançar mão dos seguintes regimes (ou mecanismos): fixação de margem de preferência para produtos manufaturados ou serviços nacionais (§§5º a 10); exigência de cumprimento de medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou de acesso a condições vantajosas de financiamento (§11); restrição, nas contratações de tecnologia da informação e comunicação consideradas estratégicas, a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e produzidas de acordo com o processo produtivo básico (§12); concessão de preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país ou, em seguida, a bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico, em condições equivalentes de prazo, suporte, qualidade, padronização, compatibilidade, desempenho e preço (art. 3º da Lei 8.248/1991); e tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 44, 47 e 48 da LC 123/2006).

Essas são segundo o revisor as únicas condutas que a lei admite para a consecução do objetivo, uma vez que, por se tratarem de medidas restritivas da competitividade, constituem-se nas exceções explicitadas na lei à regra geral definida no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8666/1993, que veda o estabelecimento de restrições, distinções e preferências na licitação.

Além disso, para que uma determinada circunstância seja considerada relevante e pertinente a ponto de levar ao afastamento da regra geral disposta no art. 3º, §1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, ela teria de estar diretamente relacionada ao objeto, formalmente justificada e solidamente demonstrada, como pacificado na doutrina e na jurisprudência da Corte de Contas, o que, segundo o revisor, não se verificou no caso concreto.

Em contra-argumentação aos elementos trazidos aos autos pelo revisor, o relator defendeu que a preferência por produto tem sido admitida pelo TCU, quando se trata, por exemplo, de preferência por marca (Acórdãos TCU 1008/2001 e 1292/2003, ambos do Plenário) e que, neste caso concreto, o que se estabeleceu não foi nada além do que uma preferência por marcas de fabricação nacional.

Em adição, aduziu que, desde que tecnicamente justificada, a preferência por produto de fabricação nacional sempre foi admitida pelo TCU em sua jurisprudência, ao passo que a aceitação de produto de fabricação alienígena só passou a ser plenamente admitida pelo Tribunal a partir da Decisão 147/1994-TCU-Plenário. Concluiu, finalmente, alegando que – no presente caso concreto – não se nega a participação de empresa estrangeira no certame, mas apenas se exige que ela tenha produzido o bem no Brasil, bem assim que não foi estabelecida margem de preferência para o produto nacional sobre o produto estrangeiro.

Enfim, entendeu o relator que, em algumas hipóteses, seria possível à administração pública buscar o desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas, com base em critérios objetivos fixados no edital. Para tanto, todavia, as aquisições deveriam ser levadas a efeito no âmbito de programas que já contêm boa carga legislativa e regulamentar, a exemplo do próprio PAC, que, como dito, está devidamente instituído e regulamentado por normas legais e infralegais.

Demais disso, destacou que tal sustentabilidade merece ser promovida não apenas sob o prisma econômico e social, mas também sob os aspectos tecnológico e ambiental, lembrando que, para este último (o ambiental), já há forte carga regulamentar definida pelo art. 28 do Decreto n. 7.063/2010 e pela bem-aventurada IN SLTI/MPOG n. 1/2010.

Em razão das informações trazidas aos autos, o Tribunal, mediante o Acórdão 2241/2011-TCU-Plenário, proferiu manifestação, posteriormente ratificada pelo Acórdão 1030/2102-TCU-Plenário, em sede de pedido de reexame, nos seguintes termos:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação da empresa [omissis], nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, versando sobre possível irregularidade no edital do Pregão Eletrônico nº 1/2011, que tem por objeto a aquisição futura de materiais permanentes do tipo máquinas retroescavadeiras, a serem destinadas aos municípios brasileiros, para recuperação de estradas vicinais.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. com fundamento no art. 237, inciso VII, do RITCU, conhecer da representação, para, no mérito, considerá-la apenas parcialmente procedente;
- 9.2. considerar prejudicado o pedido de medida cautelar;
- 9.3. autorizar, excepcionalmente, o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) a concluir as contratações decorrentes do Pregão Eletrônico n. 1/2011;

9.4. determinar ao Ministério do Desenvolvimento Agrário que:

9.4.1. abstenha-se de ampliar o objeto do Pregão Eletrônico n. 1/2011, para além das 140 retroescavadeiras originalmente previstas no edital;

9.4.2. abstenha-se de autorizar a adesão de outros órgãos ou entidades à Ata de Registro de Preços decorrente do Pregão Eletrônico n. 1/2011;

9.4.3. abstenha-se de promover licitações, cujo objeto seja exclusivamente de fabricação nacional, até que este Tribunal delibere sobre a questão;

9.5. determinar a SEGECEX que constitua grupo de trabalho para a análise, no prazo de 60 (sessenta) dias, das repercussões geradas pela Lei n. 12.349/2010 no regime licitatório, em especial da discussão travada nos presentes autos;

9.6. enviar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à interessada e ao Ministério do Desenvolvimento Agrário;

9.7. arquivar o presente processo.

Comentário:

Nada obstante no acórdão proferido o Tribunal não tenha decidido o mérito das questões de fundo trazidas à discussão no processo, remetendo a sua avaliação para momento posterior ao estudo da matéria por grupo de trabalho especialmente constituído para esse objetivo, há pelo menos duas contraposições possíveis de acordo com Marçal Justen Filho (2012).

A primeira consiste em que as regras dos §§5º a 12 do art. 3º se destinam exclusivamente à promoção do desenvolvimento nacional – sem preocupações com os outros aspectos do desenvolvimento sustentável. Tratam-se, a seu ver, de preferências oponíveis a produtos e serviços oriundos do estrangeiro ou que não satisfaçam requisitos atinentes à nacionalização dos produtos. Portanto, afirmar que as medidas de promoção do desenvolvimento nacional sustentável são apenas aquelas previstas no elenco do art. 3º significa tornar irrelevante as demais dimensões (social e ambiental) envolvidas.

Nesse mesmo sentido, aliás, o relator do processo manifestou entendimento segundo o qual a margem de preferência estipulada no §5º não esgota todas as opções possíveis para a consecução do desenvolvimento nacional sustentável. Tais opções envolvem desde requisitos cuja observância deva ser exigida das empresas na produção de bens ou prestação de serviços a serem adquiridos pelo Estado (aspectos relativos à sustentabilidade ambiental, também amparados pela Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, como nas

licitações verdes ou sustentáveis), passando pela priorização para bens fabricados no Brasil (sustentabilidade econômica, como no caso destes autos), indo até a fixação de margem de preferência para produtos manufaturados produzidos no país, entre outras ações, desde que, é claro, a exigência fique devidamente justificada no respectivo processo de licitação.

Em segundo lugar, não se afigura cabível subordinar a adoção de tratamento discriminatório à existência de previsão legal explícita e exaustiva. Segundo Justen Filho (2012) nenhuma lei pode exaurir a disciplina das providências destinadas a dar concretude ao princípio da isonomia. Existe uma competência infralegal insuprimível nesse campo. Portanto, a orientação adotada equivale a negar efeito ao princípio constitucional da isonomia. Não é compatível com o referido princípio afirmar a ausência de eficácia normativa da lei que autoriza a discriminação. Nem mesmo o argumento da ausência de disciplina legal exaustiva é suficiente para legitimar o raciocínio. Enfim, se o argumento fosse procedente ter-se-ia de reconhecer a ausência de eficácia de todas as demais autorizações para discriminação contemplada na Lei n. 8666/1993 e desacompanhadas da disciplina exaustiva e completa dos pressupostos e consequências de sua aplicação.

Por essas razões reputa-se que a realização do desenvolvimento nacional sustentável não se restringe às providências previstas no elenco dos §§ 5º a 12 do art. 3º.

3.3.3 - Acórdão 1317/2013-TCU-Plenário, de 29/5/2013

O processo TC 032.230/2011-7 cuidou de analisar os estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho (GT) instituído pela Portaria Segecex-32/2011, de 28/9/2011, em cumprimento ao item 9.5 do Acórdão 2.241/2011-TCU-Plenário, com o objetivo de verificar as repercussões geradas pela Lei n. 12.349/2010 no regime licitatório, em especial, da discussão travada nos autos do TC 002.481/2011-1.

Em conclusão às suas análises, manifestou-se o GT na forma seguinte:

- a. é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a lei 12.349/2010 não previu tal situação;
- b. será inconstitucional o estabelecimento de possibilidade de vedação à oferta de produtos estrangeiros via Decreto do Poder Executivo, tendo em vista não ser hipótese prevista na Lei de Licitações, configurando, portanto, Decreto Autônomo não autorizado pela Constituição Federal;

c. é ilegal o estabelecimento, por parte de gestor público, de margem de preferência nos editais licitatórios para contratação de bens e serviços sem a devida regulamentação via decreto do Poder Executivo, estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso e discriminando a abrangência de sua aplicação; e

d. é possível que a lei 12.349/2010, a depender da regulamentação das margens de preferência, gere repercussões internas e externas que inviabilizem o objetivo de desenvolvimento nacional sustentável, uma vez que as consequências das medidas nas relações internacionais ainda não foram devidamente avaliadas; bem como diante da criação de um cenário de insegurança jurídica com profusão de recursos administrativos e judiciais.

Haja vista o exame técnico realizado pela Unidade instrutiva, o Ministério Público junto ao TCU, instado pelo relator a se manifestar nos autos, pronunciou-se contrariamente às conclusões do GT de que é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a lei 12.349/2010 não previu tal situação e de que será inconstitucional o estabelecimento de possibilidade de vedação à oferta de produtos estrangeiros via Decreto do Poder Executivo, tendo em vista não ser hipótese prevista na Lei de Licitações, configurando, portanto Decreto Autônomo não autorizado pela Constituição Federal.

Para o membro do MP junto ao TCU a nova finalidade estabelecida para a licitação pela Lei n. 12.349/2010 implica nova necessidade a ser atendida pela contratação resultante da licitação. Tão importante quanto atender à específica necessidade da Administração que venha a motivar a abertura do certame licitatório (necessidade imediata) é, também, desde a alteração legislativa promovida no art. 3º, o atendimento dos interesses previstos no §6º do referido dispositivo legal, a saber: geração de emprego e renda, efeito na arrecadação de tributos e desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País (necessidade mediata).

Assim, do mesmo modo que a descrição do objeto incluía especificações destinadas a garantir a utilidade do bem adquirido frente a necessidade que motivou a abertura do procedimento, deverá, agora, incluir qualidade que o torne apto também a suprir essa nova necessidade.

Segundo o parecer do MP junto ao TCU a tese sustentada privilegia o atendimento de duas das três finalidades da licitação previstas no caput do art. 3º da Lei n.

8.666/993 (proposta mais vantajosa e que promove o desenvolvimento nacional sustentável), ao mesmo tempo em que não aniquila a terceira (isonomia), já que impõe distinção que não é irrelevante ao interesse público, tudo em perfeita consonância com o disposto no §1º, inciso I, do art. 3º da Lei n. 8.666/1993.

Consoante o membro do *Parquet* junto ao TCU, o conceito de isonomia não deve ser aplicado de forma a ferir o próprio interesse público. Em determinadas situações, circunstâncias ou fatores pessoais específicos devem ser considerados. É assim que, por exemplo, a legislação admite a contratação de determinado técnico ou empresa em decorrência de sua notória especialização. A isonomia não deve nunca conduzir ao exagero de se entender que todos devem ser tratados de forma absolutamente idêntica. Somente os tratamentos diferenciados não justificados à luz do interesse público devem ser tidos como inconstitucionais.

De acordo com o procurador o novo princípio não afasta ou mitiga os demais, mas apenas os complementa, orientando sua compreensão de acordo com as razões últimas de ser da própria lei de licitações. Sua aplicação deve, pois, ser sempre a mais ampla possível, cabendo à Administração buscar constantemente os meios de privilegiá-lo. Se não é possível a competição entre produtos que atendem a diferentes necessidades, não há, na vedação à participação na licitação de um deles, restrição à competitividade.

Segundo ele a lei prevê inúmeras regras que concretizam os princípios da isonomia e da contratação da proposta mais vantajosa para a Administração, nem por isso, porém, é raro acontecer de o gestor lidar com situações não positivadas e cuja solução deva ser ditada pela ponderação direta das normas principiológicas de condutas.

O MP/TCU atribui às regras sobre a margem de preferência contidas nos parágrafos do artigo 3º da Lei 8.666/93 a característica de via expedita - porque seria solução já previamente motivada pelos estudos que devem amparar o decreto regulamentador, a ser observada pela Administração nos casos gerais para atendimento ao princípio da promoção do desenvolvimento nacional, mas também defende não ter dificuldade, por outro lado, em aceitar que o procedimento ali previsto comporta exceções.

Assim, apresentando-se ao gestor, no caso concreto, situação em que a promoção do desenvolvimento nacional não seja suficientemente preservada mediante a aplicação da margem de preferência, a Administração poderia, desde que mediante ato devidamente motivado, adotar medidas alternativas e não expressamente previstas na legislação, inclusive a vedação à participação de produtos estrangeiros.

Ante o exposto, manifestou-se o MP junto ao TCU contrário às conclusões do grupo de trabalho expressas nas alíneas a e b, por considerar que, se for devidamente motivada, é legal a vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação e por entender que a previsão de tal possibilidade em Decreto do Poder Executivo não configuraria hipótese de decreto autônomo, haja vista encontrar amparo no art. 3º da Lei 8.666/93.

Avaliando as conclusões do relatório produzido pelo GT, as considerações sobre a matéria manifestadas pelo *Parquet* e, ainda, as ponderações trazidas aos autos pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), representado pela Advocacia-Geral da União, que demonstrariam não só a razoabilidade da medida em face de seu alinhamento com procedimentos adotados em inúmeros outros países, como também evidenciariam sua utilidade e adequação ao interesse público, dada sua pertinência com as políticas nacionais em curso sobre infraestrutura e desenvolvimento tecnológico e produtivo, o relator, Ministro Aroldo Cedraz, em seu voto, endossou as conclusões do GT e ressaltou que "as políticas públicas ... que visam à adoção de medida de restrição entendida como necessária para garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, por envolver aparato normativo complexo para a sua concretização, dependem de regulamentação a fim de afastar qualquer possibilidade de discricionariedade".

Dessa forma, "a preferência deve ser viabilizada mediante a ação normativa e reguladora do Estado, visando a promover maior eficiência e qualidade do gasto público". E que "enquanto não for publicado Decreto estabelecendo os percentuais das margens de preferência e discriminando a abrangência de sua aplicação, não cabe ao gestor adotar, ao seu juízo, restrições objetivando a aquisição de produtos nacionais nos editais licitatórios, em detrimento aos produtos estrangeiros".

O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu, mediante a prolação do Acórdão 1317/2013-TCU-Plenário, ratificado pelo Acórdão 286/2014-TCU-Plenário, em sede de pedido de reexame, o seguinte:

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo administrativo relativo a estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho - GT instituído pela Portaria-Segecex 32/2011, de 28/9/2011, em cumprimento ao item 9.5 do Acórdão 2241/2011-TCU-Plenário, com o objetivo de avaliar as repercussões geradas pela Lei 12.349/2010 no regime licitatório, em especial, da discussão travada nos autos do TC 002.481/2011-1.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, em acolhimento ao Parecer do Relator, em:

9.1. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), para que, no papel de órgão central do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, informe aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal que:

9.1.1. é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei 12.349/2010 não previu tal situação; e

9.1.2. é ilegal o estabelecimento, por parte de gestor público, de margem de preferência nos editais licitatórios para contratação de bens e serviços sem a devida regulamentação via decreto do Poder Executivo Federal, estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso e discriminando a abrangência de sua aplicação;

9.2. com fundamento nos arts. 241 e 242 do Regimento Interno-TCU, determinar à Segecex que acompanhe o desenvolvimento dos estudos de que tratam os §§5º e 6º da Lei 12.349/2010, na forma estabelecida no art. 8º, §2º, do Decreto 7.546/2011, na revalidação e/ou no estabelecimento de margens de preferência para novos produtos manufaturados e para novos serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, observando os parâmetros estabelecidos nos normativos, bem como os aspectos que, efetivamente, contribuam para o desenvolvimento nacional sustentável;

[...]

Comentário:

Para o Tribunal se afigura ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei n. 12.349/2010 não previu tal situação.

Funda-se esse entendimento no fato de que a alteração promovida no *caput* do art. 3º da Lei n. 8666/1993 é uma norma finalística, que institui política pública, sendo, como tal,

dispositivo não autoaplicável, ou seja, dependente de regulamentação por parte do Poder Executivo federal para operar efeitos.

Em relação ao ponto, o Tribunal se mostrou por demais conservador quanto ao valor que se pretende resguardar com a inclusão da mais nova finalidade do certame licitatório – a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

No estudo do direito a interpretação teleológica parte de uma premissa, toda norma visa proteger um interesse, um valor. Assim, do ponto de vista teleológico só é correta a interpretação que proteja o interesse que a norma visa proteger, que resguarde o valor que ela pretende resguardar, que faça prevalecer o objetivo que a norma traz incluído seu texto.

Consoante Santos (2011), todavia, identificar o valor que a norma quer proteger, e qual o seu objetivo, não é tarefa simples, e contém sempre um componente ideológico. É justamente a esse respeito – a identificação do valor protegido, do fim da norma, da *mens* – que se controverte com mais frequência. É que por ser um elemento fluido, subjetivo, a tal *mens* serve de ponto de partida para as interpretações mais díspares.

Assim é que, primeiramente para o GT que instruiu os autos, e, após, para o próprio Tribunal, o desenvolvimento nacional sustentável na forma trazida ao ordenamento pela Lei n. 8666/1993 é norma finalística e não autoaplicável, enquanto que para o relator do Acórdão 2241/2011-TCU-Plenário, que ensejou o estudo realizado nos autos, e o Ministério Público junto ao TCU, é norma finalística e autoaplicável.

Restou consignado na análise conduzida pelo GT, posteriormente endossada pelo Tribunal no âmbito do Acórdão 1317/2013-TCU-Plenário, que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável somente poderá ser alcançado a partir das hipóteses taxativamente previstas em lei.

Em outras palavras, o desenvolvimento nacional sustentável, para a Corte de Contas, deve ser concretizado exclusivamente por meio do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006; da margem de preferência prevista no art. 3º, §§5º a 15 da Lei n. 8.666/93; ou da concessão de preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, a bens e serviços

com tecnologia desenvolvida no país ou, em seguida, a bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, em condições equivalentes de prazo, suporte, qualidade, padronização, compatibilidade, desempenho e preço, consoante o art. 3º da Lei n. 8248/1991, não se aventando outra hipótese, salvo se prevista em Lei.

Na orientação adotada pelo Acórdão 1317/2013-TCU-Plenário, o Tribunal, a guisa de privilegiar a isonomia, impedindo a restrição editalícia ao fornecedor estrangeiro em razão da previsão legal já existente do instituto das margens de preferência, acabou por excluir a possibilidade de favorecimento do desenvolvimento nacional sustentável por meio do uso de critérios inseridos no instrumento convocatório e nos contratos subsequentes, contrariamente a disposição expressa contida no decreto regulamentador do art. 3º da Lei n. 8666/1993 (Decreto 7746/2012).

No nosso entendimento, a doutrina e a jurisprudência do próprio TCU (Acórdãos 1631/2007, 1890/2010 e 1932/2012-TCU-Plenário) são assentes no sentido de que a vedação legal existente no inciso I, do §1º, do art. 3º da Lei n. 8666/1993, privilegiadora do princípio da isonomia, é direcionada à exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares, em clara ofensa à impessoalidade.

Vale ressaltar, consoante manifestação exarada nos autos pelo MP junto ao TCU, que o conceito de isonomia não deve ser aplicado de forma absoluta, de modo a ferir o próprio interesse público. O que torna uma restrição ilegal é a ausência de nexo entre o que se exige e a necessidade que se pretende satisfazer, o que não é o caso da análise efetivada nesses autos. Na esfera internacional, a propósito, o princípio da isonomia traduz-se em assegurar igualdade de condições ao produto doméstico vis-à-vis àquelas desfrutadas por seus parceiros externos (REZENDE, 2001).

Para Justen Filho (2012), por evidente que atingir o desenvolvimento sustentável a partir das hipóteses previstas na norma é o caminho mais seguro e desejável, por imperativo de segurança jurídica. Não obstante, não se pode esquecer que o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses plausíveis para a consecução desse objetivo. Assim, em situações excepcionais, julga-se aceitável a concretização desse princípio por outras vias, disciplinando o edital tais condições, desde que reste demonstrado no processo, de forma irrefutável, que

aludidas exigências são indispensáveis para a realização do desenvolvimento nacional sustentável, ponderando-se este vetor à luz dos demais objetivos da licitação (proposta mais vantajosa e isonomia).

Observadas essas condições a regra do edital encontraria guarida tanto no art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, alterado pela Lei n. 12.349/2010, como no inciso I do § 1º do mesmo artigo, harmonizando-se à perfeição com o disposto no Decreto n. 7746/2012.

De acordo com o estatuído no regulamento (Decreto 7546/2012) a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, com as ressalvas previstas no Decreto quanto a justificação para a sua adoção e a preservação do caráter competitivo do certame.

Desse modo, com a solicitação das vênias de estilo quanto aos argumentos que dão esteio ao entendimento esposado pelo Tribunal, é preciso divergir da tese que prevaleceu no âmbito do TCU quanto a necessidade de regulamentação para aplicação da nova finalidade legal da licitação.

Com base na doutrina de Daniel Ferreira, (2012) que aduz tratar-se o princípio do desenvolvimento nacional sustentável de norma autoaplicável, não se faz necessária a regulamentação do dispositivo:

“Questão difícil é assumir posição acerca da desnecessidade de expedição de um regulamento para fiel execução da Lei Geral de Licitações, pelo menos no que diz com a satisfação da novel finalidade licitatória: a promoção do desenvolvimento nacional (sustentável).

Ora ! Como o *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 revela-se de cunho substancialmente principiológico e, demais disso, expressamente afirma a vocação legal do processo administrativo para tríplice finalidade – “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (...) não parece faltar nada para que o aplicador do direito aplique “o” Direito.

Conforme Canotilho (2008) apud Viegas (2011) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos, ou seja, os princípios podem, diante das circunstâncias, não depender das regras para a sua aplicação, podendo elas, todavia, existirem

para dar força e densificá-los. Sendo assim os princípios e as regras são espécies normativas autoaplicáveis, as quais possuem características distintas, mas cuja relação é de complementariedade, uma vez que as regras pavimentam o caminho de aplicação dos princípios, ou ainda, as regras corporificam e densificam os princípios na situação concreta.

Admitida a possibilidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável por meio da inserção de critérios no instrumento convocatório e nos contratos objetivamente definidos e não restritivos da competitividade, há de se considerar, entretanto, que a admissão de condicionante no instrumento convocatório de cláusula restritiva ao produto ou serviço estrangeiro equivaleria à desconstituição da política de margem de preferência.

A política, como visto, se propugna, nos termos da exposição de motivos EMI 104/MP/MF/MEC/MCT, não somente a igualar as condições de competição entre o fornecedor de bens e serviços produzidos no estrangeiro e o fornecedor de bens e serviços produzidos no Brasil, mas também a fortalecer as cadeias produtivas de bens e serviços domésticos por meio do incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico.

A instituição de uma reserva de mercado para bens e serviços produzidos no país pode, todavia, ao revés dos objetivos traçados, enfraquecer as cadeias produtivas do mercado brasileiro pela participação de um ambiente competitivo mais reduzido e pela ausência de interação com polos fabris mais desenvolvidos.

De acordo com a literatura acadêmica (REZENDE, 2005), os países em desenvolvimento enquanto utilizarem tecnologias obsoletas, ou tecnologias modernas empregadas de forma pouco eficiente, precisarão compensar essa deficiência por meio de mecanismos como o pagamento de salários mais baixos, a obtenção de subsídios ou proteção estatal, ou ainda, o uso predatório de recursos naturais. Trata-se de uma estratégia de menor esforço tecnológico e que não representa uma verdadeira alternativa de desenvolvimento sustentável.

Haja vista os macro objetivos intentados com a execução da política pública - aumento da demanda agregada, incremento na geração de empregos, aumento na renda, aumento na arrecadação tributária federal, estadual e municipal e desenvolvimento tecnológico - a aplicação de margem de preferência aos bens e serviços produzidos no país

não pode ser realizada segundo o ponto de vista discricionário de cada gestor público, mas pelo Estado, em sua dimensão federal, nos termos do art. 174 da Constituição Federal.

Desse modo, quanto ao posicionamento adotado pelo Tribunal em relação à necessidade de regulamentação da margem de preferência definida nos §§5º a 12, do art. 3º, da Lei n. 8666/1993 previamente a sua aplicação, entende-se que não existem reparos a fazer, visto que por disposição expressa a Lei requer regulamentação do Poder Executivo, o que ocorreu por meio do Decreto 7546/2011 e demais decretos que estabeleceram grupos de bens e serviços para a incidência da aludida margem.

Com o escopo de não desvirtuar os objetivos da política pública o Tribunal determinou, ainda, à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU que monitore a realização dos estudos embasadores da fixação das margens de preferência ou sua revisão.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por escopo analisar se os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União em relação ao exercício da margem de preferência em licitações públicas favorecem, ou não, a promoção da nova finalidade licitatória do “desenvolvimento nacional sustentável”.

O Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão colegiado, com atuação em todo o território nacional, que tem a função primordial de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais, assim como fiscalizar os atos de que resulte receita ou despesa praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição.

De acordo com a Súmula TCU 222, de 8/12/1994, as decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim, dada a abrangência da jurisdição administrativa praticada pela Corte de Contas, é possível ao TCU o exercício de uma ação pedagógica que pode ser vista como indutora e catalisadora de mudanças na consolidação de temas complexos e inovadores, tal como a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A amostra inicial de julgados considerada neste estudo totalizou 92 (noventa e dois) acórdãos proferidos pelo TCU desde 1º de janeiro de 2011 até 31 de maio de 2015, que, de forma direta ou indireta, abordaram questões relativas ao tema do “desenvolvimento nacional sustentável”. Desse universo amostral, foram colacionados 3 (três) acórdãos paradigmáticos da utilização do instituto da “margem de preferência” nas aquisições governamentais: Acórdãos 693/2011, 2.241/2011 e 1.317/2013-TCU, todos do Plenário.

Da análise dos acórdãos selecionados, pôde-se verificar que as decisões do TCU acerca da aplicação do instituto da “margem de preferência” nas licitações públicas e a sua relação com a nova finalidade do “desenvolvimento nacional sustentável” são ainda reduzidas

e, por isso, ainda pouco conhecidas e discutidas, versando, no mais das vezes, sobre conceitos indeterminados, ainda em construção, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

A atual jurisprudência do Tribunal de Contas da União em relação ao tema está estabelecida no sentido de que é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei n. 12.349/2010 não previu tal situação e, também, de que é ilegal o estabelecimento, por parte de gestor público, de margem de preferência nos editais licitatórios para contratação de bens e serviços sem a devida regulamentação via decreto do Poder Executivo Federal, estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso e discriminando a abrangência de sua aplicação.

Funda-se a primeira orientação sobre o argumento de que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, conforme preceituado no art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, trata-se de disposição finalística, mas não se afigura autoaplicável, visto que consiste em princípio desprovido da descrição das condutas que deverão ser adotadas para atingir esse objetivo. De acordo com o entendimento majoritário esposado pela Corte de Contas os princípios dispostos no *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 são norteadores das licitações públicas, mas não possibilitam a propositura de restrições explícitas e pontuais ao caráter competitivo dos certames, uma vez que tais restrições devem estar explícitas na lei ou regulamentadas em dispositivo próprio.

Desse modo, para o Tribunal, as únicas condutas aptas a promover a nova finalidade licitatória são aquelas taxativamente previstas em lei, que, como tal, são as constantes nos §§5º a 12 do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, no art. 3º da Lei n. 8.248/1991 e arts. 44, 47 e 48 da LC n. 123/2006.

No nosso entendimento essa interpretação restringe significativamente a possibilidade de alcance do novo valor que se pretende favorecer com a alteração da Lei Geral de Licitações – desenvolvimento nacional sustentável –, pois as condutas consideradas pelo Tribunal como aptas a promover a nova finalidade licitatória não levam em consideração as demais dimensões da sustentabilidade (social e ambiental) envolvidas.

Vale ressaltar, outrossim, que a orientação adotada pelo Tribunal, a guisa de privilegiar a isonomia entre os licitantes, exclui a possibilidade de favorecimento do desenvolvimento nacional sustentável por meio do uso de critérios inseridos no instrumento convocatório e nos contratos subsequentes, contrariamente à disposição expressa contida no decreto regulamentador do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 (Decreto 7.746/2012).

Quanto ao posicionamento adotado pelo Tribunal em relação à necessidade de regulamentação da margem de preferência definida nos §§5º a 12, do art. 3º, da Lei n. 8.666/1993, previamente a sua aplicação, funda-se a orientação no fato de que a Lei n. 12.349/2010, que inseriu o instituto no ordenamento jurídico pátrio, estabelecer que as margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal.

Considerando os termos do art. 174 da Constituição Federal que dispõe que o Estado exercerá, como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, a interpretação dada pelo Tribunal não poderia ser diferente.

Haja vista os objetivos macroeconômicos visados pela política (aumento da demanda agregada; estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda; incentivo à competição entre empresas domésticas, particularmente no que tange a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; mitigação de disparidades regionais; e incentivo à geração de emprego em segmentos marginais da força de trabalho) não pode o estabelecimento desses requisitos ser deixado ao alvedrio dos gestores responsáveis pela área de contratação de cada órgão ou entidade pública. A restrição, portanto, coaduna-se plenamente ao objetivo da promoção do desenvolvimento sustentável.

Acerca dos posicionamentos adotados pelo Tribunal em relação aos temas analisados neste estudo, por vezes contraditórios, que ora obstaculizam, ora impulsionam as ações da Administração com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, eles devem ser vistos com reservas.

A Corte, em sua composição plural, possui diferentes níveis de aprofundamento concernente aos temas aqui apreciados. Assim, é previsível, e às vezes até mesmo desejável, diante das circunstâncias do caso concreto, que ela opte, na ponderação de princípios em jogo, ora pela isonomia, ora pela vantajosidade da contratação, ora pelo desenvolvimento nacional sustentável, sendo que essa opção não deve ser vista, entretanto, como um embaraço à nova finalidade licitatória.

A proeminência das demais finalidades dos certames licitatórios em detrimento da nova finalidade do desenvolvimento nacional sustentado será tanto mais notada quanto pouco utilizados forem os instrumentos legais voltados ao seu alcance, como a concessão de margem de preferência a produtos e serviços produzidos nacionalmente, as medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, o tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas, e a inserção de critérios de sustentabilidade nos atos convocatórios dos certames conduzidos pelo Poder Público e nos instrumentos contratuais deles decorrentes.

Nessa situação de incipiência do uso dos institutos que promovem o desenvolvimento sustentável, há da parte do Tribunal uma preocupação natural em restringir a ação discricionária dos gestores, de forma a minimizar possíveis prejuízos à isonomia e à competitividade dos certames. A ressalva a ser feita, todavia, conforme já expresso, é de que o conceito de isonomia e de vantajosidade não devem ser aplicados de forma a ferir o próprio interesse público. Em determinadas situações, circunstâncias ou fatores pessoais específicos devem ser considerados. Somente os tratamentos diferenciados não justificados à luz do interesse público devem ser tidos como ilegais ou inconstitucionais.

A guisa dos indicadores conjunturais de inovação, emprego, renda e arrecadação tributária disponíveis, poder-se-ia pensar que o uso do poder de compra do Estado por meio da política de concessão de margens de preferência fracassou em seu desiderato de promover a industrialização e a inovação tecnológica e, via de consequência, o desenvolvimento do País. Entretanto, dado o estágio inicial de uso do instituto – apenas 1285 processos de compra em um universo de 196.900 processos de compra realizados em 2014, é cedo ainda para manifestar uma conclusão acerca de sua utilização.

Nada obstante haja relatos de êxitos alcançados pela política na seleção dos fornecedores de bens e serviços produzidos localmente em face dos fornecedores de bens e serviços produzidos no estrangeiro, não nos é possível asseverar, em razão dos poucos dados disponíveis, se o impacto da política de concessão de margens de preferência tem sido capaz de proporcionar os esperados efeitos positivos sobre a cadeia de produção das indústrias favorecidas.

A despeito da normativa legal do art. 3º, §6º, da Lei n. 8666/1993, que manda que a reavaliação das margens de preferência já existentes seja realizada com base nos resultados alcançados em termos de geração de emprego e renda; efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; desenvolvimento e inovação tecnológica e custo adicional dos produtos e serviços contratados, essas informações, após 4 (quatro) anos da implementação das primeiras margens de preferência beneficiando bens e serviços produzidos nacionalmente, não se encontram disponíveis ao público, o que restringe, em se tratando de política pública, a possibilidade de emissão de um juízo de valor sobre a sua eficácia e efetividade.

Igualmente, o Governo Federal não tem dado cumprimento ao disposto no §13 do art. 3º da Lei n. 8666/1993, que ordena a divulgação na internet, a cada exercício financeiro, da relação de empresas favorecidas com a aplicação de margens de preferência e medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

Essas informações são indispensáveis para verificar se os setores a que a política se destina estão sendo beneficiados, se os resultados estão sendo alcançados, se o incremento de gastos motivado pela aplicação da política está sendo compensado pela geração dos benefícios às cadeias produtivas e, em caso negativo, se não é o caso de se reavaliar a continuidade de sua aplicação.

Há, assim, espaço ainda para que a jurisdição administrativa do TCU, realizada por meio de seus julgados, possa imprimir ganhos à execução da política, contribuindo para que ela, de fato, propicie o alcance da nova finalidade licitatória do desenvolvimento nacional sustentável.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABDI. Sondagem de Inovação da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br>>. Acesso em: 8/5/2015.

ABDI. Plano Brasil Maior: Inovar para competir. Competir para crescer. Balanço Executivo 2011-2014. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br>>. Acesso em: 8/5/2015.

BARCESSAT, L. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. *In: SANTOS, M. G.; BARKI, T. V. P. (coord.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. 2 reimpr.* Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 67-81.

BARKI, T. V. P. Direito internacional ambiental como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil. *In: SANTOS, M. G.; BARKI, T. V. P. (coord.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. 2 reimpr.* Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 39-65.

BERCOVICI, G. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. *In: CARDOZO, J. E. M., QUEIROZ, J. E. L. e SANTOS, M. W. B. dos (Coord.). Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 667-680.

BETIOL, L. S.; SILVA, A. C. G. L.; FREITAS., P. G. de O. et MACEDO, L. S. V. Guia de compras públicas sustentáveis para a Administração Federal. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br>>. Acesso em: 5/6/2015.

BIDERMAN, R.; MACEDO, L. S. V. de; MONZONI, M.; MAZON, R. (Org.). Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. ICLEI – Governos Locais pela Sustentabilidade e Centro de Estudos em Sustentabilidade da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (GVces). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 5/6/2015.

BIELSCHOWSKY, R. Organizador. Cinquenta anos de pensamento na Cepal. CEPAL/Conselho Federal de Economia, COFERCON, Brasília, Brasil, Record: 2000.

BONELLI, R.; PESSOA, S.; MATOS, S. CANÊDO-PINHEIRO, M. Padrões de crescimento industrial no Brasil. *In: VELOSO F.; FERREIRA, P. C.; , F.; PESSOA, S. (orgs).* Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 – 2ª reimpressão.

BOURSCHEIDT, D. M.; DALCOMUNI, S. M. Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável: aspectos conceituais e marcos importantes. Disponível em: <<http://www.urcamp.edu.br>>. Acesso em: 22/5/2015.

BRANCO, F. Favoring domestic firms in procurement contracts. *Journal of International Economics*, 37: 65-80, 1994.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Pronunciamento do Ministro de Estado Armando Monteiro: Transmissão de cargo no MDIC. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br>>. Acesso em: 30/4/2015.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Plano Brasil Maior. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.gov.br>>. Acesso em: 5/6/2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Comprando das micro e pequenas empresas. Caderno de Logística n. 4. MP: Brasília, 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Relatório Anual de Avaliação do PPA 2012-2015: ano base 2013. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: SPI/MP, 2014. 143 p.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa n. 1, de 19 de janeiro de 2010. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br>>. Acesso em: 27/5/2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa n. 10, de 12 de novembro de 2012. Estabelece regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável de que trata o art. 16, do Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br>>. Acesso em: 27/5/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consulta. Acórdão 1550/2013-TCU-Plenário, Relator Ministro José Múcio Monteiro. 19 de junho de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Conhecendo o Tribunal. 5 ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2011. 42 p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4 ed. ver., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, 910 p.

BRASIL. Decreto-lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 25/5/2015.

BRASIL. Decreto-lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27/5/2015.

BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o estatuto da terra e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22/5/2015.

BRASIL. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo código florestal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22/5/2015.

BRASIL. Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22/5/2015.

BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22/5/2015.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22/5/2015.

BRASIL. Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27/5/2015.

BRASIL. Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 8.387, de 30 de dezembro de 1991. Dá nova redação ao § 1º do art. 3º aos arts. 7º e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, ao caput do art. 37 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976 e ao art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro

de 1953, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 10.176, de 11 de janeiro de 2001. Altera a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, a Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, dispondo sobre a capacitação e competitividade do setor de tecnologia da informação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2010.

BRASIL. Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis n^{os} 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1^o do art. 2^o da Lei n^o 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-lei 4657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7.063, de 13 de janeiro de 2010. Aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7.546, de 2 de agosto de 2011. Regulamenta o disposto nos §§ 5^o a 12 do art. 3^o da Lei n^o 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7746, de 5 de junho de 2012. Regulamenta o art. 3^o da Lei n^o 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7709, de 3 de abril de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de retroescavadeiras e moto niveladoras descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3^o da Lei n^o 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7713, de 3 de abril de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de retroescavadeiras e moto niveladoras descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3^o da Lei n^o 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7601, de 7 de novembro de 2011. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3^o da Lei n^o 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7756, de 14 de junho de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7767, de 27 de junho de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7810, de 20 de setembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de papel-moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7812, de 20 de setembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de veículos para vias férreas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7816, de 28 de setembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7840, de 12 de novembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7841, de 12 de novembro de 2012. Altera o Anexo I ao Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, que dispõe sobre a margem de preferência para aquisição de retroscavadeiras e moto niveladores, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7843, de 12 de novembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 7903, de 4 de fevereiro de 2013. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8002, de 14 de maio de 2013. Altera o Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, e o Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8167, de 23 de dezembro de 2013. Altera o Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8170, de 23 de dezembro de 2013. Altera o Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL Decreto n. 8171, de 23 de dezembro de 2013. Altera o Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8184, de 17 de janeiro de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8185, de 17 de janeiro de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de aeronaves executivas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8186, de 17 de janeiro de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8223, de 3 de abril de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de brinquedos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8224, de 3 de abril de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de máquinas e equipamentos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27/5/2015.

BRASIL. Decreto n. 8225, de 3 de abril de 2014. Altera o Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de fármacos e medicamentos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27/5/2015.

BRITO, C. A. O Regime Constitucional do Tribunal de Contas. In: CARDOZO, J. E. M., QUEIROZ, J. E. L. e SANTOS, M. W. B. dos (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 930-938.

BRITO, C. A. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *In*: ALFREDO, J. de S. et al. O Novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. 3ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 59-75.

BURSZTYN, M.; BURSZTYN, M. A.. Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. 612 p.

CANÊDO-PINHEIRO, M. Experiências comparadas de política industrial no pós-guerra: lições para o Brasil. In: VELOSO F.; FERREIRA, P. C.; , F.; PESSOA, S. (orgs). Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 – 2ª reimpressão.

CARDOSO, F. H.. Pensadores que inventaram o Brasil. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. 329 p.

CNI. Confederação Nacional da Indústria. Competitividade Brasil 2014: comparação com países selecionados. Brasília: CNI, 2015. 108 p.

CNI. Confederação Nacional da Indústria. Indicadores CNI: indicadores industriais, Brasília: CNI, Ano 16, Número 12, Dezembro de 2014.

COLEY, M. T. and DAVIES, R. B. Foreign bidders going once, going twice ... Protection in Government Procurement Auctions. IIS Discussion Paper, n. 441. 6/2/2014.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso Futuro Comum. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, 430 p.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO – CNUMAD. Agenda 21 Global. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 8/5/2015.

CYMBALISTA, T. M.; ZAGO, M. F. et RODRIGUES, F. E.. O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na lei de licitações. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 9, n. 35, jul./set. 2011.

DENES, T. (1997). Do Small Business Set-Asides Increase the Cost of Government Contracting? *Public Administration Review*, vol. 57 (5), 441-444.

DI PIETRO, M. S. Z. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello (Coord.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 19-50.

DIAS, M. F. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Ciência Política: Do estruturalismo da Cepal à teoria da dependência: continuidades e rupturas no estudo do desenvolvimento periférico. São Paulo.

DOTTI, M. R.; PEREIRA JUNIOR, J. T. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA, P. C.; VELOSO, F.; PESSOA, S. Experiências comparadas de crescimento econômico no pós-guerra. In: VELOSO F.; FERREIRA, P. C.; , F.; PESSOA, S. (orgs). *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 – 2ª reimpressão.

GARCIA, R.; ROSELINO, J. E. Uma avaliação da lei de informática e de seus resultados como instrumento indutor de desenvolvimento tecnológico e industrial. *Gestão & Produção*, v. 11, n. 2, p. 177-185, mai.-ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 30/4/2015.

GRAU, E. R. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 4ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, 362 p.

GREMAUD, A. P. et al.; PINHO, D. B.; VASCONCELLOS, M. A. S. de; TONETO JR., R. (orgs). Manual de Economia, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

IEDI. A Política de Desenvolvimento Industrial: O que é e o que representa para o Brasil. Abril 2002. Disponível em: <<http://www.iedi.org.br>>. Acesso em: 5/6/2015.

MAGALHÃES, J. P. de A. Crescimento e desenvolvimento econômico: O que fazer para o Brasil dar certo ? Disponível em: <www.corecon-rj.org.br>. Acesso em: 16/11/2014.

MATOS, R. A e ROVELLA, S. B. C. Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável: conceitos em evolução. Disponível em: <<http://www.opet.com.br>>. Acesso em: 8/1/2015.

MARION, J. Are Bid Preferences Benign ? The Effects of Small Business Subsidies in Highway Procurement Auctions. December , 2006. Disponível em: <<http://people.ucsc.edu>>. Acesso em: 18/5/2015.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Curso de direito constitucional. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 1432 p.

MENDES, C. C.; TEIXEIRA, J. R. Desenvolvimento econômico: uma releitura das contribuições de Celso Furtado. Texto para discussão n. 1051. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2004.

McAFEE, P. R.; McMILLAN, J. Government procurement and international trade. Journal of International Economics, 26: 291-308, 1989.

MEIRELLES, H. L.; ALEIXO, D. B.; FILHO, J. E. B. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, 941 p.

MENEZES FILHO, N; KANNEBLEY JUNIOR, S. Abertura comercial, exportações e inovações no Brasil. In: V ELOSO F.; FERREIRA, P. C.; , F.; PESSOA, S. (orgs). Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 – 2ª reimpressão.

MENEZES, F. M.; MONTEIRO, P. K. Por Que Favorecer Firms Nacionais? *Revista Brasileira de Economia*, vol. 55 (4): 453-466, Out./Dez. 2001. Rio de Janeiro.

MORAES, A. C.; BARONE, R. O desenvolvimento sustentável e as novas articulações econômica, ambiental e social. São Paulo: *Pesquisa & Debate*, SP, volume 12, n. 2(20), p. 119-140, 2001.

NOHARA, I. P.; CASTILHO, R. Sustentabilidade e Desenvolvimento na Licitação. *In*: CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, M. W. B. dos (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 1233-1250.

OLIVEIRA, G. H. J. de. Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 5/6/2015.

PEREIRA, J. M. *Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil*. São Paulo: Atlas, 1999. 216 p.

POLANYI, K. *The Great Transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon, 2001 [1944].

QUEIROZ, J. M. Desenvolvimento econômico, inovação e meio ambiente: a busca por uma convergência no debate. *Cadernos do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, v. 6., n. 9, p. 143-170, jul.-dez., 2011.

REZENDE, F.; TAFNER, P. (editores). *Brasil: o estado de uma nação; edição resumida*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. 95 p.

REZENDE, F. A. *Finanças públicas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, A. M. dos. Regras científicas da hermenêutica. Disponível em: <<https://albertodossantos.wordpress.com>>. Acesso em: 9/5/2015.

SETÚBAL, R. A. *O Uso do poder de compra do Estado para o fomento às microempresas e empresas de Pequeno Porte – fundamentos, objetivos e desafios da política brasileira*, 2011.

SHUMPETER, J. A. (1911). Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1997 (Coleção Os Economistas).

SMITH, A. (1776). A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. v. 1. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996 (Coleção Os Economistas).

SOUTO, M. J. V. Estímulos Positivos. In: CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, M. W. B. dos (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 741-769.

SQUEFF, F. de H. S. O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 11/6/2015.

SSENNOGA, F. Examining Discriminatory Procurement Practices in Developing Countries. *Journal of Public Procurement*, Vol. 6, Issue 3: 218-249, 2006. Disponível em: <<http://www.ippa.ws>>. Acesso em: 11/6/2015.

STIGLITZ, J. E.; CHARLTON, A. Livre mercado para todos: como um comércio internacional livre e justo pode promover o desenvolvimento de todos os países. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

TEIXEIRA, E. C. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 11/5/2015.

TEIXEIRA, M. F. de F. B. Desafios e Oportunidades para a inserção do Tripé da Sustentabilidade nas Contratações Públicas: um estudo dos casos do Governo Federal Brasileiro e do Governo do Estado de São Paulo. Dissertação de Mestrado. UnB: 2013.

VIEGAS, C. M. de A. R. A distinção entre normas e princípios. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 9/5/2015.